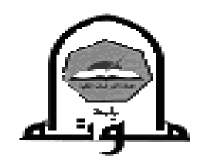


جامعة مؤتة
عمادة الدراسات العليا

التحكيم في الشريعة الإسلامية والنظام السعودي
" نظرة معاصرة "

إعداد الطالب
نضال بن جبر البلوي

إشراف
الدكتور مصلح الطراونة

رسالة مقدمة إلى عمادة الدراسات العليـــــا
استكمالا لمتطلبـات الحصـول على درجة الماجستير
فـــي القانـــــون قســـم القانـــون العـــام

جامعة مؤتة، 2010

الإهداء

إلى الوالد " خادم الحرمين الشريفين "

الملك عبد ا بن عبد العزيز آل سعود حفظه ا ورعاه

نضال البلوي

الشكر والتقدير

من لا يشكر ا لا يشكر الناس فبداية احمد ا عز وجل على ما أعطاني

واشكر ا عز وجل على أن أزال عني وزري وأرجو من ا أن يرفع ذكري

أتقدم بالشكر أولا إلى أسرتي الغالية

والشكر المكلل بالعرفان لأستاذي الفاضل الدكتور مصلح الطراونة الذي

ساعدني بإخراج عملي هذا

نضال البلوي

فهرس المحتويات

المحتوى	الصفحة
الإهداء	أ
الشكر والتقدير	ب
فهرس المحتويات	ج
قائمة الملاحق	
الملخص باللغة العربية	د
الملخص باللغة الإنجليزية	و
المقدمة	1
الفصل الأول: تعريف التحكيم، وأهميته، ودليل مشروعيته، وبعض الوقائع التحكيمية في صدر الإسلام	
1.1 تعريف التحكيم وأهميته بين الشريعة والقانون الوضعي	7
1.1.1 تعريف التحكيم	7
2.1.1 أهمية التحكيم في الشريعة والقانون الوضعي	10
2.1 مشروعية التحكيم في الشريعة	18
1.2.1 التحكيم في نصوص القرآن الكريم	18
2.2.1 دليل مشروعية التحكيم في السنة النبوية	26
3.1 بين التحكيم وإسباغ صفة التحكيم وقائع في صدر الإسلام لها دلالاتها	30
1.3.1 (التحكيم) في فتنة مقتل عثمان رضي ا عنه	30
2.3.1 أول واقعة كبرى للتحكيم المطلق في الإسلام وفقا لقواعد العدل والحق	39
الفصل الثاني: ماهية التحكيم وركنه وصفة عقده ونطاقه	
1.2 طبيعة عقد التحكيم وركنه وصفة عقده	46
1.1.2 الاجتهاد الجماعي الحديث للفقه الإسلامي حول مبدأ التحكيم	46
2.1.2 اتفاق التحكيم برؤية حديثة	53
3.1.2 فقه السلف بين الاعتراف بالشروط عموما وعدم الاعتراف بها	56
2.2 ماهية الاتفاق على التحكيم في نظام التحكيم السعودي	60
1.2.2 محاولات تفسير الشراح لماهية اتفاق التحكيم وفقا لنظام التحكيم السعودي	60

2.2.2 ملامح تأثر نظام التحكيم السعودي بالفقه الإسلامي 63
3.2.2 استقلال شرط التحكيم في الشريعة وفي نظام التحكيم السعودي 73
4.2.2 اتفاق التحكيم وتوثيقه في الفقه الإسلامي ونظام التحكيم السعودي 77
3.2 نطاق التحكيم (محله) بين الشريعة والنظام السعودي 84
1.3.2 نطاق التحكيم في الفقه الإسلامي بين السلف والخلف 84
2.3.2 نطاق التحكيم في نظام التحكيم السعودي ولائحته التنفيذية 96
الفصل الثالث : المحكم
1.3 شروط القاضي والمحكم في الفقه الإسلامي 103
1.1.3 شروط المحكم والقاضي وشرط الاجتهاد بين الإجماع والاختلاف 103
1.1.1.3 أهم شروط الأهلية للقاضي والمحكم وفقا للفقه الإسلامي 103
2.1.1.3 الاجتهاد كشرط لتولي القضاء وبالتالي التحكيم محل خلاف بين الفقهاء 109
3.1.1.3 أسباب اختلاف الفقهاء عموما وأسباب اختلافهم من مسالة شروط المحكم. 111
2.1.3 شروط القاضي بين فقه السلف والفقه المعاصر 112
1.2.1.3 تفاوت الشروط المطلوبة في القاضي والمحكم لدى فقه السلف 112
2.2.1.3 موقف مجمع الفقه الإسلامي من الشروط الواجب توفرها في المحكم 114
3.2.1.3 آراء فقهية فردية معاصرة حول أهم شروط القاضي والمحكم 116
3.1.3 موقف نظام التحكيم السعودي من شروط المحكم 120
2.3 مسالة تعيين المحكم 128
1.2.3 تعيين المحكم وفقا للفقه الإسلامي 128
2.2.3 تعيين المحكم وفقا لنظام التحكيم السعودي ولائحته التنفيذية 130
3.3 انتهاء ولاية المحكم 136
1.3.3 انتهاء ولاية الحكم وفقا لعقد التحكيم أو وفقا لمقتضاه في الفقه الإسلامي 136
2.3.3 عزل الخصمين للحكم (الرجوع في التحكيم) ما بين فقه السلف وفقه الخلف ونظام التحكيم السعودي 141
3.3.3 مدى انعكاس أراء فقه السلف فيما يتعلق بالمحكم على لزوم عقد 145

التحكيم   حسب الرأي المعاصر

الفصل الرابع : القانون المطبق على موضوع النزاع مابين الإحالة المطلقة على الشريعة والإحالة إلى أحكام مقننة

1.4 مفهوم الشريعة ومكانة الاجتهاد الفقهي كأحد أهم ركائزها 155

2.4 القضاء وفقا للشريعة ما بين مستجدات العصر وواقع الفقه والقضاء المعاصر 172

1.2.4 ما المقصود بالحكم وفقا للشريعة أو بما لا يخالفها والموقف من جديد الفقه وقديمه 172

2.2.4 واقع فقه الاجتهاد في العصر الحالي 179

3.2.4 الواقع القضائي والقضاء السعودي كنموذج وحالة خاصة في ظل عدم وجود التقنين 183

3.4 الشريعة كقانون مطبق وعلاقتها بإشكالية التقنين 187

1.3.4 عدم التقنين للشريعة والوجه الأخر لإشكالية الإحالة المطلقة على الشريعة كقانون مطبق 187

2.3.4 بروز الحاجة الى التقنين في السعودية وما لقيته من معارضه ماضيا وحاضرا 193

3.3.4 السجال الفقهي بين المانعين والمجيزين للتقنين ورأي الباحث فيها 207

الفصل الخامس: حكم التحكيم

1.5 طبيعة حكم التحكيم في الشريعة والفقه الإسلامي ونظام التحكيم السعودي 219

1.1.5 كيفية التعامل مع الاجتهادات القديمة وفقا لمعطيات العصر 219

2.1.5 طبيعة حكم التحكيم وآليات العملية التحكيمية بين فقه السلف ورأي مجمع الفقه الإسلامي ونظام التحكيم السعودي 222

2.5 حجية حكم التحكيم وفقا للفقه الإسلامي ونظام التحكيم السعودي 230

1.2.5 حجية الأمر المقضي به في حكم التحكيم وفقا لفقه السلف 231

2.2.5 حجية الأمر المقضي به في حكم التحكيم وفقا لمجمع الفقه الإسلامي 240

3.2.5 حجية الأمر المقضي به في حكم التحكيم وفقا لنظام التحكيم السعودي 243

3.5 مراجعة حكم التحكيم في الفقه الإسلامي ونظام التحكيم السعودي 250

1.3.5 الفقه الإسلامي ومفهوم النقض وعلاقته بمفهوم التقاضي على درجات 250

2.3.5 ارتباط نقض حكم القاضي بمسألة نقض اجتهاد المفتي (معالم النظام العام الشرعي وفقا لكل فقه) 253

1.2.3.5 النقض وعلاقته بالخلاف حول مفهوم مخالفة النص والإجماع 253
2.2.3.5 التوسع في الأخذ بأدلة جديدة للأحكام وعلاقته بالنقض 257
3.3.5 النقض لمخالفة التشريع كانت أولى صور النقض في الفقه الإسلامي 260
4.3.5 الحكم ونقض الحكم الصادر فيما يسوغ فيه الاجتهاد (نظرية الاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله) وبروز مفهوم قوة الأمر المقضي به 266
5.3.5 معالجة الفقه لنقض قضاء القاضي المجتهد أو المقلد إذا لم يحكم وفقا للمذهب 272
الخاتمة 280
النتائج 281
التوصيات 285
المراجع 289
الملاحق 300

قائمة الملاحق

الرمز	عنوانه	الصفحة
أ	جريدة الرياض	300
ب	حكم مصدق من محكمة التمييز	304
ج	نظـــام التحكيم صدر بالمرسوم الملكـي رقـم م/46 فـي 1403/7/12هـ	308

الملخص

التحكم في الشريعة والنظام السعودي" نظرة معاصرة"

نضال بن جبر البلوي

جامعة مؤتة، 2010

هذه الرسالة وهي بعنوان: التحكيم في الشريعة والنظـام الـسعودي " نظـرة معاصرة" تشير إلى أن الشريعة الإسلامية لم ولن تبتعد عن مبادئ التحكيم المستقرة في الضمير الإنساني ومنها الإحالة إلى مبادئ العدل والإنصاف، وان فقه الاجتهـاد الجماعي المعاصر لم ينجح في تقديم نظرية واضحة في التحكيم حيث قيد نفسه بقيود لم يعد لوجودها سبب وذلك على ما يبدو بسبب عدم استيعاب آليات التحكيم الحديثة، وان المشرع السعودي أيضا تأثر ببعض اعتبارات فقه السلف خاصة فكرة الولايـة القضائية، مما جعل نظام التحكيم السعودي صالحا لحكم العلاقات الداخلية ولكنـه لا يصلح للتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، كما تحدثت هذه الرسالة عن أن الإحالة إلى الشريعة الإسلامية كقانون مطبق على النزاع لا يمكن أن يكون شرطا مقبـولا وخاصة في العلاقات الخاصة الدولية إلا بالوفاء باستحقاقات علـى مـستوى الفقـه والقضاء وأما أولى الاستحقاقات على مستوى الاشتراع فهي تقنين نظام المعـاملات الإسلامية لتتضح معالم النظام العام الإسلامي بالنسبة للآخر.

Abstract

Arbitration under Sharia'a Law and Saudi Regulation

A Contemporary Review

Nedal J. Al-Balawi
Mu'tah University, 2010

This title of the thesis is "Arbitration under Sharia'a Law and Saudi Regulation: a Contemporary Review". The thesis argues that Islamic Sharia'a does not contradict the settled principles of arbitration in the human conscious and in particular the reference to the equity rules. The thesis also argues that the collective contemporary Ijtihad failed to submit a clear theory of arbitration which conform to the current practice of international commercial arbitration. The thesis argue on the other side that the Saudi legislature has been influenced by the old schools of Islamic Fiqih which look at arbitration as part of judiciary. This in fact makes the Saudi Regulation on arbitration a system which serves only national and not international arbitration. The thesis also discusses the issue of reference to Islamic Sharia'a as the law applicable to the merits of arbitration. The thesis recommends that a codification of Islamic Law has become a must.

المقدمة

في هذه المقدمة أشير إلى أنه ومن خلال دراستي لمادة التحكيم حيـث كـان يلقى علي وزملائي محاضرات فيها ولم نكن نعرف من التحكيم المعاصر إلا اسمه، وكان للنقاش والأسئلة دورها في أن يجنح الطلبة وأستاذهم إلى التعريج على التحكيم في الشريعة والفقه الإسلامي، واذكر أنني كتبت ورقة بحثية قدمتها لأستاذي حاولت أن أشير فيها إلى بعض الأفكار وبعض الآراء النيرة لبعض من الفقـه المعاصـر وخاصة فيما يتعلق بالشروط المطلوبة في المحكم والقاضي وفقا لفقه الـسلف فـي إشارة إلى واقع اليوم.

وكان هناك تطرق لمسألة الإحالة على قواعد الشريعة الإسـلامية كقواعـد مطبقة على النزاع التحكيمي وتناولنا الحديث عن قضايا عملية لم تسفر عن تطبيـق مثل هذا الشرط أمام هيئات تحكيم ترى أنه شرط منطو على جهالة وبدأ التساؤل... هل ما يقال في هذا الخصوص له ما يبرره؟

من هنا ولدت فكرة هذا البحث ولكنها كانت فكرة مـصحوبة بخـوف مـن الإبحار في محيط الفقه الإسلامي الذي قيل فيه أنه بحر لا ساحل له، مع خشية من كل تلك اللغة الرصينة والتي يصعب فهم بعض مصطلحها، ولكن المضي والعـزم مع التشجيع من غير واحد من أساتذتنا الإجلاء دفعني للمضي ولسان حالي يقـول: إن من لا يخطئ لا يعمل وأنه لا يمكن أن يكون هناك عمل كامل فالكمال وحـده عزل وجل.

وفي بداية هذا البحث اعتقدت أن هناك مشكلة في التأصيل ستواجهني غيـر أنه كان لجهود من قبلي في التأصيل لآراء الفقهاء في مسألة التحكيم خيـر معـين على تسهيل مهمتي، وكان للجهود الجبارة في حركة التجديد في الفقه الإسلامي بعد منتصف القرن الماضي الأثر البالغ في أن يكون كل ذلك عونا لي، وما الموسـوعة الفقهية الكويتية إلا خير شاهد على تلك الجهود المباركة، فكنت كلما أردت التأصيل رجعت إليها دليلا ومرشدا يدلني إلى أمهات الكتب وأحيانا كان فيها من الوضوح ما يغني عن الرجوع لأمهات الكتب القديمة، حيث كان الرجوع إلى أمهات الكتب لغاية التمعن والتدبر في الرأي الفقهي.

والحقيقة أن البحث في موضوع التحكيم في الشريعة ومقارنته بالنظام السعودي لم يكن بوضع فكرة مسبقة تشير إلى تأثر الأخير بالأول هكذا بدون تدقيق في نصوص النظام والاطلاع على محاولات من هم اجل مني قدرا وعلما في التعليق على نصوصه وشرحه، إلا أنني لاحظت أن الأمر يحتاج إلى مزيد من الدرس والتمحيص، فلم يكن من سبيل إلا إتباع تبويب يمزج بين التبويب الحديث والتبويب الذي اتبعه الفقه الإسلامي المعاصر في مناقشة موضوع التحكيم، لأن من كتب في التحكيم وفقا للشريعة والفقه فقط اتبع تبويبا له نسق معين أحيانا يشت بالدارس حتى يجعله يصل إلى مرحلة تؤدي به إلى اليأس أحيانا في فهم موضوع مثل هذا الموضوع الذي لن يكون التطرق إليه بنظرة معاصرة إلا من خلال عملية فهمه أولا، فكانت القراءة فيما كتب تشير إلى عملية صف للرأي الفقهي وفقا لنهج كلاسيكي يقود القارئ إلى الملل وهو ما حاولت الابتعاد عنه قدر الإمكان لأضمن الحواشي والهوامش بما يكون رأيا لهذا الفقه أو ذاك باسمه، فلم اذكر رأي الفقيه وأنسبه إليه في غير الهوامش إلا إذا كان من وراء إبرازه هدف يبنى عليه في فكرة هنا أو هناك، ذاك إني أدركت أن هناك تقاربا في هذه المذاهب في نظرتها إلى التحكيم من حيث كون المحكم ركن في التحكيم وأنه لا بد أن يكون معلوما وأن مصير العملية التحكيمية مربوط به فإذا ما تخلى عن مهمته انهار التحكيم ذلك أن شرط التحكيم لدى الفقه الإسلامي لم يكن معروفا بسبب الحساسية من الشروط عموما وبسبب اعتبار مثل هذا الشرط منطويا على جهالة وغرر، فلم يكن من اختلاف بينهم إلا في مسألة توقيت الرجوع عن التحكيم، وبعبارة أخرى كان الاختلاف بينهم في الوقت أو الواقعة التي يتوقف على حصولها أن يصبح التحكيم لازما، إلا أن من عجيب هذا الفقه أنه أبقى عملية التحكيم حتى لو التزم بها أطرافها مرهونة بالمحكم الذي إذا عزل نفسه انهار التحكيم ولا بد ساعتها من اتفاق جديد وهي آراء تشير إلى منزلة المحكم وأن من كان يحكم كان له من الصفات ما قد لا يتوافر إلا في القاضي، وهي صفات ربما عرقلت مسيرة التحكيم فيما بعد وفقا لاشتراطات الفقه المطلوبة في شخص المحكم الذي لا بد أن يكون أهلا للقضاء على الاختلاف بين المذاهب في عناصر هذه الأهلية.

على أن أكثر ما استثارني هو رأي مجمع الفقه الإسلامي في التحكيم، فوقفت بين نظام التحكيم السعودي و قرار مجمع الفقه الإسلامي الذي حاكى قديم الفقه ولـم يلحظ التطور الذي لحق بالفقه الإسلامي بعد القرن الخامس الهجري نحو التوسع في الشروط عموما، فأدركت من خلال قراره أنه تطرق للتحكيم في تغييب كامل لمسألة شرط التحكيم وأن هذا التغييب للشرط ليس لأن مجمع الفقه الإسلامي لا يـدرك أن فقه السلف توسع في الشروط بل لأنه كان أسيرا لواقع الفقه القديم الذي أنزل المحكم منزلة القاضي واشترط فيه شروط القاضي، كل ذلك كان مترافقا عندي بما طالعتـه من أراء فقهية معاصرة تجيز شرط التحكيم لا بل إن بعضها استند إلى قول بعينـه كما جاء عند ابن العربي في أحكام القرآن والذي قال:(وباب القضاء مبنـي علـى الغرر كله) وبعضهم استند إلى القواعد التي باتت مستقرة في الفقـه الإسـلامي أن المسلمين عند شروطهم كل ذلك في ما يبدو على أنه إشارة من البعض إلى التنـازل عن الشروط التقليدية المطلوبة كمؤهلات للقاضي المحكـم، غيـر أن هـذا الفقـه المعاصر كان ينقصه على ما يبدو معرفة بمجريـات الأمـور وحقيقتهـا وطبيعـة النزاعات المطروحة على مستوى التجارة العالمية، فكانت جل الكتابات على ما يبدو تشير إلى التحكيم في العلاقات الخاصة الداخلية في عالمنا الإسلامي.

من كل ذلك وجدت نفسي مضطرا لأن اتبع تقسيما لبحثي غير مشترط عليها أن أؤصل لكل قول فقهي فاعدد الآراء ثم أقوم بالتعليق فكان هدفي واضـحا وهـو التركيز على أهم العناصر المهمة في التحكيم وفقا للشريعة الإسلامية فبدأت بمفهومه قديما قبل الإسلام وكيف كان مرحبا فيه بعد الإسلام، وأن الإسلام قبله علـى حالـه التي كان عليها حيث كان التحكيم وفقا لقواعد العدل والإنصاف، وهذه القواعد هـي التي أكدت في بحثي على أنها كانت القانون المطبق في النزاعات التحكيمية.

إن طرق موضوع مثل موضوع التحكيم يعني الدخول إلـى تـاريخ الفقـه الإسلامي لأجد كباحث أن مرحلة ما بعد التمذهب قد حطت من قيمة التحكيم وذلـك بعد أن فرض الفقه شروطا صارمة فيمن يتولى القضاء، إلى أن وصلت إلى بدايـة الحديث لدى الفقه الإسلامي عن تنازل عن كثير من الشروط المطلوبة في القاضـي والتي تؤثر ضيقا واتساعا على الشروط المطلوبة في المحكم لأخلص إلى أن رجال

الفقه الاسلامي كانوا يسايرون كل زمن بزمنه، وفقا للظرف المعاش في كل زمن ولأخلص إلى نتيجة مفادها أن الفقه الحديث ممثلا بمجمع الفقه الإسلامي ربما لا يمكن وصف جميع قراراته بأنها إجماع جديد بقدر ما هي إجماع على ترجيح لرأي أو عدة أراء قديمة، فبدت لي تناقضات من خلال تأثر غير مبرر بمسألة الصفة الجوازية لعقد التحكيم التي تكلم عنها فقه السلف حيث وصف المجمع عقد التحكيم في مرحلة ما قبل الشروع في التحكيم بأنه غير لازم بين الخصوم وأنه غير لازم بالنسبة للمحكم إلى أن يصدر حكمه.

على أني كباحث وأنا أقف متأملا قرار مجمع الفقه الإسلامي كان تفكيري غير بعيد عن نظام التحكيم السعودي الذي اوجد حلولا للتخلص من إرث الفقه القديم بمنع شرط التحكيم والذي يبدو أنه ساير التجديد الذي طرأ على المذهب الحنبلي نحو التوسع في الشروط عموما لأصل إلى نتيجة مفادها أن نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية وإن حاول التخلص من بعض القيود الفقهية إلا أنه اوجد مخرجا لتلك القيود وبطريقة فقهية أيضا، فكان أن ابتكر النظام وثيقة التحكيم للتخلص من شبهة التولية لمجهول والركون إلى حل موجود في بطون كتب الفقه قال به الحنابلة: مفاده أنه إذا ما تم الاتفاق على التحكيم مع العدو على أن يتم اختيار الحكم فيما بعد فذلك جائز لأن لا يختار إلا صالحا، وتحت تأثير هذه الفكرة سار نظام التحكيم السعودي ليشترط شروطا في المحكم جعلت من نظام التحكيم السعودي نظاما يمكن قبوله في التحكيم الداخلي ولكنه بالتأكيد لا يصلح للتحكيم في العلاقات الخاصة الخارجية ما دام متأثرا بفكرة الولاية القضائية وأنه لا ولاية لغير المسلم على المسلم رغم أن نتاج عمليات التحكيم الخارجي تصب في النهاية لتنفذ داخل المملكة وفقا أنظمة ومعاهدات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والتي تنفذ دون أن يسال عن الأشخاص، وأن المسألة بالنتيجة تتعلق بأمرين هما: النظام العام والقانون المطبق على النزاع، لأجدهما النقطتين الحساستين في مجال التحكيم، وخاصة التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، وهما الأهم عند طرح المخاوف، ذلك أن المحكم أي محكم لا يستطيع أن يصدر حكما لا يمكن تنفيذه سواء كان التحكيم داخليا أم دوليا، فإن

كان المحكم لا يعرف النظام العام في بلد التنفيذ في حال التحكيم الدولي فإن عليه أن يعرفه وإلا كان حكمه كعدمه إن تجاوز النظام العام.

لذا ولارتباط موضوع القانون المطبق على النزاع وإثارة موضوع الإحالة المطلقة على الشريعة الإسلامية في بعض عقود التجارة الدولية وفشل تطبيق هذا الشرط كان لزاما أن أناقش أهم العلل التي استند إليها الرأي الذي يرى في الإحالة المطلقة على الشريعة شرطا منطويا على جهالة فاحشه فأفردت لمسألة التقنين نصيبا لا بأس فيه في بحثي عرجت فيه على الواقع القضائي في المملكة الذي شط بعض أعضاء جسمه إلى درجة تشير إلى اعتقاد سائد لدى هذا القضاء بأن كل من تولى القضاء عليه أن يحكم بما أراه ا وأن المذهب الحنبلي الذي يرى أن اشتراط ولي الأمر على القاضي أن يحكم بمذهب معين هو شرط باطل وتبقى ولاية القاضي صحيحة لأعرج على شهادات لعلماء وأكاديميين ومحامين عاينوا إشكالية مزمنة في المملكة العربية السعودية تشير إلى مرحلة خطيرة تكاد تصل بالقضاء إلى أن يكون سلطة اشتراع، وهي سلطة على ما يبدو وصلت إلى حد اشتراع مخالفة النصوص الإجرائية لا بل والتعدي على قواعد أساسية في النظام العام الإسلامي هي محل اتفاق الفقه جميعا وحاولت قدر الإمكان أن أؤرخ لهذه الحقبة لأن الأمانة العلمية كانت تقتضي مني ذلك فلم أنقد بأكثر مما نقد علماؤنا الأفاضل من المستنيرين الذين بلغ بعضهم أو يكاد يصل رتبة الاجتهاد حتى لا يقال أني قد شططت في النقد ولو توفرت لي كل تلك الأحكام التي علق عليها الرأي العام في المملكة لكانت خيرا عظيما اثري به بحثي ولكن ما كان باليد حيلة.

ثم ختمت بحثي في التحكيم بحكم التحكيم لأربطه بكل ما قيل عن اللزوم وعدم اللزوم لعقد التحكيم وأتطرق إلى مسألة تشير إلى أزمة للفقه الإسلامي مع المصطلح الحديث والمح كما لمحت في الفصل الخاص بالتقنين أن يكون هناك توجه من رجال القانون لسبر أغوار فقهنا العظيم للمضي نحو اجتهادات فقهية قانونية وقضائية في فضاءنا العربي والإسلامي تتصدى لكل جديد وتتابع كل رأي فقهي جديد لنخرج من ربق التقليد إلى أفق التجديد ولنحدد معالم النظام العام الإسلامي في هذا القرن لا لنعرفه نحن بل ليعرفه غيرنا حتى نتعامل مع الآخر بوضوح وحتى لا

يقال لنا أنكم تحيلوننا إلى الشريعة الإسلامية وأنتم في الواقع تحيلوننـا إلـى أربـع مذاهب فقهية

وهذا جهد بسيط لا ادعي فيه الشمول لهذا الموضوع الواسع بقدر مـا أنـي أرجو من ا أن يكون قد وفقني في وضع يدي على أهم المفاصل التي قـد تثيـر الجدل حوله فإن وفقت فمن ا وان أخفقت وأخطأت فمني والحمد رب العـالمين والصلاة والسلام على سيدي محمد النبي الأمي العربي الذي أعطاه ا جوامع الكلم ولا زلنا مقصرين في البحث في سنته واستنباط الأدلة منها وهو الذي علم أمته كيف تجتهد وهو الذي فرح أيما فرح عندما علم قدرة من يوليه القضاء على الاجتهاد وفقا للعدل والإنصاف.

الفصل الأول

تعريف التحكيم، وأهميته، ودليل مشروعيته، وبعض الوقائع التحكيمية في صدر الإسلام.

1.1 تعريف التحكيم وأهميته بين الشريعة والقانون الوضعي:

1.1.1 تعريف التحكيم:

التحكيم في اللغة: مصدر حكّمه في الأمر والشيء أي: جعله حكما وفـوض الحكم إليه، ويقال: حكّمتُ فلانا أي أطلقت يده فيما شاء، ويقال حكّموه بينهم: أمروه أن يحكم، ويقال: حكّمنا فلانا بيننا أي أجزنا حكمه بيننا،، والحكم مصدر قولك حكم بينهم بحكم، أي قضى وحكم له وحكم عليه، والحكم القضاء بالعدل [1]

ويعرف التحكيم في الاصطلاح بأنه تولية الخصمين حاكما يحكـم بينهمـا[2]، والخصمان هما الفريقان المتخاصمان، والمراد بالحاكم: هو ما يعم الواحد والمتعدد.[3]

والتحكيم عرفا كما جاء عند ابن عابدين الحنفي هو: تولية الخصمين حاكمـا يحكم بينهما، وركنه لفظه الدال عليه.[4]

---

1 ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، جـ 2، ص951، طبعـة دار المعارف، القاهرة. وكذلك: وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، منشورات وزارة الأوقـاف الكويتية، ج 10، ص 233، ط 1407هـ/1987م، طباعة ذات السلاسل، الكويت.

2 وزارة الاوقاف، الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 10، ص 234.

3 حيدر، علي حيدر، درر الحكام (شرح مجلة الأحكام)،المجلد الرابع، ص 523، ط (بدون)، دار الكتب العلمية بيروت.

وكذلك: الدوري، قحطان الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص 20- 21، ط1، 1985م، مطبعة الخلود، بغداد.

وكذلك انظر: السرطاوي، محمود السرطاوي، التحكـيم فـي الـشريعة الإسـلامية، ص 10، ط 1، 2006م، دار الفكر،عمان.

4 ابن عابدين، محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبـصار حاشية ابن عابدين، ج 8، ص 127، طبعة خاصـة، 1423هـ /2003م، دار عـالم الكتـب – الرياض – والطبعة بموافقة خاصة من دار الكتب العلمية ببيروت

وكذلك: وزارة الاوقاف، الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 10، ص 237

وعرفته مجلة الأحكام العدلية العثمانية بأنه عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكما برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما.

وقد عرفه مجمع الفقه الإسلامي بأنه اتفاق طرفي خصومة معينة، على تولية من يفصل في منازعة بينهما، بحكم ملزم، يطبق الشريعة الإسلامية.[1]

وتكاد تعريفات السلف من فقهاء الشريعة الإسلامية متقاربة إلى حد بعيد، ولا تختلف في مضمونها عما أوردناه من تعريف للتحكيم لدى الحنفية على مـا سـبق واشرنا إليه لدى ابن عابدين، والمتتبع لتلك التعريفات وعلى ضوء ما تم إيـضاحه والتعليق عليه من قبل خلف هؤلاء، أن مناط الاختلاف هو في ما يمكـن أن يكـون محلا للتحكيم حتى يتم إمضاء حكم المحكم، وكذلك في الشروط الواجب توفرها في المحكم من حيث وجوب أن يكون المحكم صالحا للقـضاء واشـتراط هـذا الأمـر صراحة لدى بعضهم وهو ما سنأتي عليه لاحقا عن الحديث عن الشروط المطلوبـة في المحكم والقاضي[2]

---

1 قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم: 91 (9/8) في دورة مؤتمره التاسع بأبو ظبي بدولـة الإمـارات العربية المتحدة من 1 – 6 ذي القعدة 1415هـ، الموافق 1 – 6 نيسان (إبريل) 1995م، منشور في مجلة المجمع (العدد التاسع ج4 ص5) وعلى موقع المجمع على شبكة الانترنت.

2 ولمزيد من التفصيل راجع: آل خنين، عبد ا بن محمد بن سعد آل خنين، التحكيم فـي الـشريعة الإسلامية - التحكيم العام - والتحكيم عند الشقاق الزوجي، ص 27-28، طبعـة 1، 1420هـ، طبعة خاصة.

حيث أورد التعريفات التي ذكرت في المذاهب الأربعة فذكر بان الحنفية عرفوه بأنه ((تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما)) وعرفه المالكية بأنه ((تولية الخصمين حكما يرتـضيانه لـيحكم بينهمـا)) وأوضح ذلك ابن فرحون ت:799هـ بقوله:((ومعناه أن الخـصمين إذا حكمـا بينهمـا رجـلا وارتضياه ليحكم بينهما فان ذلك جائز في الأموال وما في معناها)) وعرفه الشافعية بأنـه توليـة خصمين حكما صالحا للقضاء ليحكم بينهما وأوضح ذلك النووي (ت:676هـ) بقوله ولـو حكـم خصمان رجلا في غير حد – تعالى – جاز مطلقا بشرط أهلية القضاء، وعرفه الحنابلـة بأنـه: تولية شخصين حكما صالحا للقضاء يرتضيانه للحكم بينهما، وأوضح ذلك ابن قدامـه (ت:620) بقوله ((وإذا تحاكم رجلان إلى رجل حكّماه بينهما ورضياه – وكان ممن يصلح للقضاء – فحكـم بينهما جاز ذلك ونفذ حكمه عليهما))

وأما فقهاء القانون فنجد أن تعريفهم للتحكيم يفهم منه انه لا خلاف من الناحية الجوهرية بينهم حول تعريفه، إلا أن البعض يرى أن أهم ما يمكن التطرق إليه عند تعريف التحكيم حتى يكون هذا التعريف شاملا هو اشتمال التعريف على مجمل العمليات التي يتألف منها، لذا قيل وبحق أن من الأوفق تعريف التحكيم كما انتهى إليه البعض، بأنه مجمل العمليات التي تستهدف الفصل في نزاع من أنزعة القانون الخاص، بمقتضى اتفاق بين المعنيين به، عن طريق قضاة خاصين، مختارين من قبلهم، لا معينين من قبل القانون.[1] أي من قبل الدولة.

أما بالنسبة للمشترع السعودي فإن المتتبع لنصوص نظام التحكيم ولائحته التنفيذية يرى عدم وجود تعريف للتحكيم في ذلك النظام أو لائحته التنفيذية، إلا أنه يمكن القول أن التحكيم في المملكة العربية السعودية يتصف بأنه وعلى غير ما عليه الأمر في قوانين التحكيم الحديثة يخضع للإشراف القضائي المباشر من قبل المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع بدءا من اعتماد وثيقة التحكيم مرورا بالإشراف المباشر على كل إجراء متخذ في العملية التحكيمية وانتهاء بتفحص الحكم الصادر من قبل المحكمين لتقرير إنفاذه من عدمه لأن المطلوب دائما هو التوصل إلى حكم يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية، ومسألة تقدير أن الحكم متوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية هو من مهمة المحكمة المختصة في نظر النزاع[2]

---

1 الجمال وعكاشة، مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ص 23، ط 1، 1998م، منشورات دار الحلبي، بيروت.

وهما يشيران بهذا التعريف إلى ما أورده انجيليوس س فوستوكس في كتابه (التحكيم في القانون الخاص اليوناني)

2 لقد فضلت الإشارة إلى الملامح التي يتميز بها نظام التحكيم قبل محاولة تعريفه، وهي ملامح تجعل المتتبع يصل إلى نتيجة مفادها اتجاه التحكيم في السعودية إلى النظرية القضائية ومما يدل على ذلك ويؤكده ليس فقط حق الأطراف في طلب إعادة النظر في حكم التحكيم وإنما الإشراف المباشر على التحكيم من قبل المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع وهو إشراف مباشر بشكل متلازم مع أي إجراء في خصومة التحكيم، فضلا عن حق المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع باعتماد وثيقة التحكيم قبل البدء في أي إجراء من إجراءاته وهذه الملامح العامة وغيرها ستكون محل بحث بعون ا لاحقا

وعليه فإنه إذا ما أردنا تعريف التحكيم وفقا لنظام التحكيم السعودي ووفقا للتعريف السابق لدى الفقه القانوني، فإنه لا بد من إضافة بعض العناصر ومن هذه العناصر التأكد من صلاحية المحكّم، والإشراف المباشر على العملية التحكيمية من قبل المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع.

وعليه فإنه يمكن تعريف التحكيم وفقا لنظام التحكيم السعودي بأنه: (**مجمل العمليات التي تستهدف الفصل في نزاع من الأنزعة التي يجوز فيها الصلح بمقتضى اتفاق أو شرط بين المعنيين عن طريق قضاة خاصين مختارين من قبلهم، يتم استخلافهم فيما بعد من قبل القضاء للفصل في النزاع بعد أن تتأكد المحكمة من صلاحيتهم، ليباشروا عملهم تحت إشرافها**)

2.1.1 أهمية التحكيم في الشريعة والقانون الوضعي

إن المتتبع للتحكيم بعد مجيء الإسلام يجد وبشكل جلي أن الأمر يتعلق بأعراف لدى القبائل العربية التي كانت تلجأ إلى التحكيم لفض نزاعاتها وان هذا التحكيم الذي كان سائدا وامتد إلى حياة الناس في ظل الإسلام باعتباره عرفا محمودا له أهميته في فض النزاعات حيث الحاكم عند القبائل العربية هو منفذ الحكم بين الناس، والذي يمنع الظالم من الظلم[1]، وهو في معنى القاضي الذي هو القاطع للأمور المحكّم لها، وكان حكام العرب هم الذين حكموا فيما حدث من خلاف، وما وقع بين الناس من خصومات، بحيث كان لكل قبيلة حكام عرفوا برجاحة عقولهم وبسعة مداركهم، وبوقوفهم على أعراف قومهم، وبعدلهم وإنصافهم وبترفعهم عن الظلم والدنايا فتحاكم الناس إليهم، ومنهم من طار اسمه إلى خارج مواطن قبيلته، فتحاكم إليه أبناء القبائل الأخرى لما وجدوا فيه من صفات الحكم العادل والنزاهة والسلامة والصدق في إعطاء الحكم، وقد كان اللجوء إليهم عملية اختيارية، حيث

---

1 لمزيد من الإطلاع على صفات المحكم في حقبة ما قبل الإسلام ومن كان يتصدى للتحكيم وكيفية اللجوء الاختياري له راجع: العلي، جواد العلي، المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، جـ 5، ص 635، ط 2، 1993م، منشور بمساعده من جامعة بغداد.

يقوم المحكم بالحكم برأيه وبرجاحة عقله[1] ومن الواضح أن من يتتبع ما ذكـر فـي كتب التاريخ يكاد يجزم بأن الصفات الشخصية في المحكم هي الدافع الباعث لاتفاق الخصوم على التحكيم لديه باعتبار الأمر متعلقا بشخص لو لم يكـن موجـودا لمـا تلاقت الإرادات على اللجوء إليه.[2]

ومن الملاحظ أن من يطلع على ما كتب في التحكيم في الشريعة يجـد فـي الغالب حديثا عن التحكيم في(الجاهلية) [3]، لذا فإن استخدام تعبير التحكيم عند القبائل العربية قبل الإسلام يعتبر برأي الباحث أفضل من تعبير التحكيم في الجاهلية، كمـا أنه أفضل من تعبير التحكيم عند العرب قبل الإسلام، وذلك حتى لا ينصرف ذهـن القارئ غير العربي إلى فهم خاطئ حول وجود دولة للعرب قبل الإسلام وخاصة في منطقة الحجاز ونجد.

أما الملاحظة الثانية فهي مسألة تتعلق بـضرورة التأصـيل للتحكـيم فـي الشريعة الإسلامية بشكل لا ينأى بها عن الصلة بالتقاليد والأعراف التحكيمية لـدى القبائل العربية قبل الإسلام، فإن ذكر أن الرسول ﷺ استحسن التحكيم بالإجمال [4] إلا أنه يجب ذكر مسألة مهمة وهي أن التحكيم تم استحسانه باعتباره تحكيما شاملا فـي كل الأمور بدليل أن المذاهب الفقهية تأثرت فيما بعد بهذا الاتجاه حتـى أن بعـضها

---

1 العلي، المفصل في تاريخ العرب قبل الاسلام،جـ 5، ص 635

2 العلي، المفصل في تاريخ العرب قبل الاسلام، جـ 5، ص 635 - 636

3 الجاهلية تعبير برأي الباحث يطلق على حقبة ما قبل الإسلام بالخصوص الذي قيلت فيه مـن فـساد للعقيدة، وشرك في ا من خلال عبادة الأصنام لتقرب الناس - حسب اعتقادهم- من ا زلفاً وكذا عادة وأد البنات، فالمجتمع العربي قبل الإسلام لم يكن جاهلياً بالمطلق بل كان لديه قـيم وعـادات وتقاليد ربما لا توجد لدى بعض الشرائح في المجتمعات الإسلامية في عصرنا الحاضر

4 وفي ذلك يقول الحنابلة في احد أربعة أقوال لهم في ما يجوز التحكيم فيه: أن التحكيم جائز في كـل شيء يجوز فيه حكم من ولاه أو نائبه من الأموال، والحدود، واللعان، وغيرها، - وهذا هو المذهب – أي مذهب جمهور الحنابلة واستدلوا بحديث شريح السابق بقولهم إن الرسول ﷺ استحسن ما صنع شريح بن هانئ من غير استفسار منه عما يحكم فيه، فدل على عمومه لجميع ما يدخله حكم ولاة – (راجع في ذلك: آل خنين، التحكيم في الشريعة..، ص 51- 52.

لذا فإن الباحث يرى أن استنتاج جمهور الحنابلة على الاستحسان بالمطلق دون استفسار عـن محـل التحكيم يعني انه يمكن القول أن التحكيم يشمل كل ما يمكن أن يرفع إلى القاضي المولى

جعل التحكيم يتسع ليشمل كافة المنازعات تقريبا [1]، كما أنه وجب على أي باحـث أشار إلى استحسان الرسول للتحكيم عند القبائل العربية أن يشير إلى أنه استحـسنه على حاله التي كانت عليه، باعتباره أقرب إلى التحكيم المطلق في العصر الحاضر[2] خصوصا أننا نتكلم عن مجتمع كان فيه أعراف، ولكن الظاهر أن التحكيم كان وفق قواعد العدل والإنصاف أو وفقا لما يفضل الباحث تسميته بالتحكيم أو الحكم وفقا لما هو عدل، فقيم العدل كانت موجودة لدى قبائل العرب قبل الإسلام[3]، ولولا هذه القيم

---

1 راجع الهامش السابق

2 إن الاستنتاج من قبل الحنابلة فيما يتعلق بنطاق التحكيم بدلاله حديث أبي شريح هو بـرأي الباحـث استنتاج منطقي فيما يتعلق بمحل التحكيم وهو برأي الباحث استحسان يـشير إلـى أن الرسـول استحسن ولم يسال عما يمكن الحكم بناءا عليه في إشارة إلى احترام واضح من الرسول صـلى ا عليه وسلم لقيم العدل والحق التي كان يحكم بناءا عليها، لأن الاسلام جاء أصلا لتأكيد قـيم الحـق والعدل، وانه لا فرق بين الناس في جنسهم ولونهم ولغتهم ونسبهم.

3 السهلي، أبي القاسم عبد الرحمن بن عبد ا بن أبي أحمد أبي الحسن الخثعمي الـسهلي، الـروض الأنف في تفسير السيرة النبوية لأبن هشام المعافري، علق عليه ووضع حواشيه (مجدي منـصور بن سيد الشورى)، ص 242-243، الجزء الأول، ط (بدون)، تاريخ الطبعة: (بدن)، منشورات علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت

حيث خير دليل على مسألة تمتع مجتمع ما قبل الإسلام بقيم للعدل ما روي في المرجع الـسابق عـن حلف الفضول الذي كان في حقبة ما قبل الإسلام:فقد روى الحميدي عن سفيان عن عبـد ا عـن محمد وعبد الرحمن ابني أبي بكر قالا:قال رسول ا - ﷺ– (لقد شهدت في دار عبد ا بن جدعان حلفا لو دعيت به في الإسلام لأجبت. تحالفوا أن ترد الفضول على أهلها، وألا يعز ظالم مظلوما). ورواه في مسند الحارث بن عبد ا بن أبي أسامة التميمي. وكان أول من تكلم به ودعا إليه الزبير بن عبد المطلب، وكان سببه أن رجلا من زبيد قدم مكة ببضاعة فاشتراها منه العاصي بـن وائـل وكان ذا قدر بمكة وشرف فحبس عنه حقه فاستعدى عليه الزبيدي الأحلاف:عبد الـدار ومخزومـا وجمح وسهما وعدي بن كعب، فأبوا أن يعينوه على العاصي بن وائل وزبروه أي انتهروه فلما رأى الزبيدي الشر أوفى على أبي قبيس عند طلوع الشمس وقريش في أنديتهم حول الكعبة، فصاح بأعلى صوته

يا آل فهر لمظلوم بضاعته ببطن مكة نائي الدار والنفر

ومحرم أشعث لم يقض عمرته يا للرجال وبين الحجر والحجر

إن الحرام لمن تمت كرامته ولا حرام لثوب الفاجر الغدر

لما كان هناك بيئة خصبة لاستقبال الرسالة المحمدية التي رغم الصعوبات نجحـت خلال وقت قياسي في الانتشار على رقعة كبيرة من العالم، يدلل على هذا كله قـول الرسول ﷺ: " إنما بعثت لأتمم صالح الأخلاق "[1]

فقام في ذلك الزبير بن عبد المطلب، وقال ما لهذا مترك فاجتمعت هاشم وزهرة وتيم بن مرة فـي دار ابن جدعان، فصنع لهم طعاما، وتحالفوا في ذي القعدة في شهر حرام قياما، فتعاقدوا، وتعاهدوا با ليكونن يدا واحدة مع المظلوم على الظالم حتى يؤدى إليه حقه ما بل بحر صوفة وما رسـا حـراء وثبير مكانهما، وعلى التأسي في المعاش فسمت قريش ذلك الحلف حلف الفضول وقالوا:لقد دخـل هؤلاء في فضل من الأمر ثم مشوا إلى العاصي بن وائل فانتزعوا منه سلعة الزبيدي فدفعوها إليـه وقال الزبير رضي ا عنه

حلفت لنعقدن حلفا عليهم   وإن كنا جميعا أهل دار

نسميه الفضول إذا عقدنا   يعز به الغريب لدى الجوار

ويعلم من حوالي البيت أنا   أباة الضيم نمنع كل عار

1 العوده، سلمان العوده، محاضرة بعنوان:(حسن الخلق)، منشورة على موقع الإسلام ويب كما فـي تاريخ 20010/6/1م تناول فيها معاني هذا الحديث بعد أن قام بتخريجه على الرابط:
http://audio.islamweb.net/audio/index.php?page=FullContent&audioid=119546
(وقد صرح الرسول ﷺ بالهدف من بعثته، وحدده تحديداً واضحاً بقوله في الحديث الذي رواه أحمـد والخرائطي في مكارم الأخلاق، والبيهقي في شعب الإيمان، والبخاري في الأدب المفرد، وغيـرهم عن أبي هريرة رضي ا عنه أن النبي ﷺ قال: {إنما بعثت لأتمم صالح الأخلاق} والحديث صحيح الإسناد، وقد رواه مالك في الموطأ بلاغاً بلفظ: {إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق} وهذه هي الصيغة المشهورة على ألسنة الناس: {إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق}. والحديث وإن كان رواه مالك باللفظ الأخير بلاغاً أي: أن مالكاً قال: بلغني؛ فإسناده عند مالك منقطع إلا أن ابن عبد البـر قـال: وهـو متصل من طرق صحاح عن أبي هريرة مرفوعاً إلى النبي صلى ا عليه وسـلم، فحـين يحـدد الرسول عليه الصلاة والسلام هدف البعثة بهدف واحد: {إنما بعثت لأتمم صـالح الأخـلاق} لـيس المعنى بطبيعة الحال أن الإسلام فقط بعث لإقامة الأخلاق بين الناس، إذ أن المتبادر من معنى كلمة الأخلاق بين الناس هو المعاملة فيما بينهم، فالمقصود بالحديث أحد أمرين: إما أن يكون هذا خـرج مخرج التأكيد على أهمية الأخلاق كما في قول الرسول عليه الصلاة والسلام: { الحج عرفة } أي أن الوقوف بـعرفة من أركان الحج، ولا يتم الحج إلا بها، وإما أن يكون المقصود بـالأخلاق معنـى أشمل مما هو متعارف عليه بين الناس، فيكون معنى الأخلاق يعني معاملة العبد مع ربه، ثم معاملته مع نفسه، ثم معاملته مع الخلق، أي: معاملته مع الحق، ومعاملته مع الخلق، وبهذا المعنـى يكـون الرسول صلى ا عليه وسلم لم يبعث فعلاً إلا لتقويم أخلاق الناس مع ربهم أولاً: اعتقاداً، وعبـادة، ثم مع الخلق ثانياً، وهذا المعنى الثاني أقرب وأليق وأنسب، وهو معنى صحيح كما لاحظتم)

وقد قيل في عصرنا وهو ما ينطبق على عصر ما قبـل الإسـلام:(أن التحكـيم لا يجري بقواعد قانون موضوعي، إنما فقط يجري التحكيم بتقاليد وعادات حـضارية تحسم النزاع).[1]

إن المتتبع لشأن التحكيم ووجود محكمين لدى القبائل العربية كان موضـوع فخر واعتزاز، ففي قول ذي الإصبع العدواني يمدح عامر بن الظّرب: ومنـا حكـم يقضي فلا ينقض ما يقضي.[2]

عليه فإن الباحث يرى - أن لا جدال في مسألة أن التحكيم عرف موجود قبل الإسلام، وهو عرف محمود ساهم في حل الكثير من النزاعات، وجاء الإسلام وأقر هذا العرف[3]، بحيث إذا اتفق الأطراف على التحكيم انطبقت عليه أحكام العقـد فـي الشريعة الإسلامية، بحيث يكون ملزماً لأطرافه.

على أن خير دليل على ما أشير إليه من رأي بخصوص هذا الموضـوع أن الباحث لم يجد آية قرآنية تدل على مشروعية التحكيم، اللهم فيما خلا آية الـشقاق: ﴿وإن خِفْتُم شِقَاقَ بينهما فابعثُواْ حكما من أهلِهِ وحكما من أهلِها إن يريدا إصلاحا يوفق اللّه بينَهما إن اللّه كان عليما خَبيرا﴾ **[النساء، الآية: 35]**، وهي الآية الوحيـدة التـي تحدثت عن نوع واحد من التحكيم هو أقرب ما يكون إلى التحكيم الإجبـاري فـي العصر الحالي، ثم ترك القرآن الكريم للسنة النبوية وما أقرته فيما بعد لتكمل سـيرة هذا العرف المحمود كأمر ممتد من تقاليد القبائل العربية تم إقراره فيما بعد على يد المصطفى ﷺ حتى أصل له فقهاء المسلمين في آرائهم من حيـث ماهيتـه ونطاقـه وشروطه إلى آخره من الأحكام المتعلقة به.

---

1 حشيش، احمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، ص 351، طـ (بدون)، 2007م، دار الكتـب العلمية، المحلة الكبرى، مصر.

2 بيت الشعر مشار إليه لدى. الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص 41

3 وفي ذلك يقول الدوري: التحكيم من العقود المتعارف عليها في العصر الجاهلي، وحيث جاء الإسلام لم يرد فيه نص يحرم هذا العقد فالأصل فيه الإباحة حيث لم يقم دليل على تغيره.، راجع: الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص 110

لذا فإن التحكيم في الشريعة الإسلامية هو امتداد للتحكيم الذي كان سائداً لدى القبائل العربية قبل الإسلام، وهو في الثقافة العربية وفـي أصـله اللغـوي يـشير بوضوح إلى أن الحكم لغة هو المنصف من نفسه والرجل المحكّم: هـو المجـرب المنسوب إلى الحكمة[1]، فالأمر يتعلق بعرف له رجاله، فلم يكن يتصدر التحكيم فـي ظل عدم وجود دولة لها سلطاتها ومن بينها السلطة القضائية، إلا رجال لهـم مـن الصفات الشخصية التي تشير بوضوح إلى أن المحكم كان حكيماً صادقاً أمينا، وإن اللجوء إلى التحكيم كان من مكارم الأعراف لدى القبائل العربية خاصة وأن التحكيم غالباً ما كان ينتهي بالصلح وهذا ما تشير إليه الوقائع التحكيمية في حقبة مـا قبـل الإسلام٬ إلا أن حكم المحكم في تلك الفترة لم يكن بالضرورة للصلح وإنما للقـضاء بالحق لصاحبه، ومن خلال تتبع الوقائع التحكيمية في حقبة ما قبل الإسلام نجد أنـه ومع عدم وجود قانون أو سلطة تشريعية تسن القوانين فإن قضاء التحكيم كان وفقـاً للعدل أو لما هو عدل، ويستدل على ذلك من خلال الصفات المطلوبة في المحكم [2]، ولذا فإن الإشارة إلى أن حقبة ما قبل الإسلام كان فيها من قيم العدل والإنصاف هي إشارة إلى حقيقة لا يمكن المرور عليها مرور الكرام، فإقرار الإسلام لهذا الأمر هو من وجهة نظر الباحث كان إقرارا مترافقا مع إقرار للقواعد المطبقة على النزاعات التحكيمية وهي قواعد العدالة.

كما نجد أن المحكوم عليه كان يخضع لحكم التحكيم تحت سـلطان التـأثير الأدبي أو العرف أو سلطان الرأي العام أو يخشى عاقبة القتال التي يجرها رفـضه

---

1 ابن منظور، لسان العرب، جـ 2، ص 953، جاء فيه: المحكّم هو المجرب المنسوب إلى الحكمـة. وانظر كذلك: الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص 18

2 أشير إليه إلى لدى: العلي، المفصل في تاريخ العرب قبل الاسلام، جـ 5، ص 635 وما بعدها: وكذلك راجع: الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص 38، وما بعدها، ومن الوقائع التحكيمية التي انتهت بالصلح التحكيم في الحجر الأسود والذي كان نزاعاً، وصل إلى حـد التهديد بالاقتتال، ص 46 نفس المرجع

الحكم، فالالتزام بحكم المحكم ليس صفة ثابتة، إذ لم يكن للمحكم في تلك الحقبة سلطة تفرض التنفيذ[1]، وأما عملية اللجوء إلى التحكيم فكانت عملية اختيارية بحتة.

أما في العصر الحديث فمع تطور حركة التجارة وخاصة التجارة الدولية المبنية على أعراف تتعلق بالثقة وحسن النية في التعامل غدا التحكيم الوسيلة الفضلى لحل منازعات التجارة وخاصة التجارة الدولية، ذلك أن اللجوء إلى التحكيم يوفر مزايا لأطراف الخصومة التحكيمية ما لا يمكن توفيره بواسطة القضاء الوطني ويمكن إجمال المزايا التي يقدمها التحكيم من خلال الولوج إلى الضرورات الواقعية التي فرضت التحكيم كشكل من أشكال العدالة الخاصة أصبح اللجوء إليها ضرورة فرضها واقع التجارة وتحديدا التجارة الدولية في هذا العصر وذلك على النحو التالي:

أولا: أنه ونتيجة لتشعب وزيادة العلاقات التجارية على الصعيد الدولي فقد برزت الحاجة إلى تحرر العلاقات التجارية الدولية من سلطان قانون الدولة الذي تعينه قواعد الإسناد في القانون الداخلي، بحيث يتم الخضوع لقواعد مصدرها قانون تجاري مهني قوامه عقود نموذجية وعادات سائدة بالإضافة إلى المبادئ العامة للقانون الطبيعي، كل ذلك يتطلب قضاء محترفا ومتفهما لحقيقة العلاقات التجارية الدولية وملما بالقواعد والأعراف الحاكمة لها مما لا يتوافر للقضاء الداخلي[2] فالتحكيم في هذا الخصوص وكما قيل وبحق: (ليس عدالة استثنائية، فلقد فرض نفسه على أنه عدالة الأعمال، وخصوصا في الحقل الدولي، حين أصبح هو العدالة

---

1 لمزيد من الإطلاع على الالتزام بحكم المحكم في حقبة ما قبل الإسلام، انظر: الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص 41.

وبتوسع أكثر:، العلي، المفصل في تاريخ العرب قبل الاسلام، كما أشير إليه في الهوامش السابقة

2 الجمال وعكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ص 56.

وكذلك انظر العلي، المفصل في تاريخ العرب قبل الاسلام، جـ 5، ص 636 (حيث لم يكن يلجأ الناس بالضرورة إلى رؤساء القبائل للتحكيم بينهم وإنما قد يكون من الذين برزوا في مجتمعهم واظهروا مقدرة في فهم طبائع قومهم وأعرافهم وأنسابهم وامتازوا عن غيرهم بسعة الفهم والإدراك.... ويلاحظ أن أهل الجاهلية كانوا يطلقون على الذي ينظر في الخصومات (الحكم) و(الحاكم)، أما في الإسلام فقد تغلبت لفظة (القاضي عليه)

الحصرية لأنه ليس هناك من يرغب في أن يجد نفسه أمام عدالة بلد آخر، ليس عن عجز، ولكن لأن القواعد المطبقة تعود إلى ثقافة أخرى)[1]

ثانيـا: إن من أهم المزايا التي يقدمها التحكيم هي السرعة في البت في المنازعـات وهو أمر لا يمكن أن نجده أمام القضاء الذي يميل وبصفة عامة إلى معاملة العلاقات الدولية معاملة العلاقات الداخلية مع ما يرافق ذلك من صعوبة يواجههـا القاضـي الوطني عندما تقوده قواعد الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي ربما فيـه مـن دقـائق الأحكام ما يؤدي إلى صعوبات أمام القضاء الوطني تجعله يجـد المبـرر لتطبيـق القانون الوطني.[2]

ثالثا: عطفا على ما سبق فإن الحاجة إلى قضاء يتمتع بخبرة خاصة هو الذي دفـع بالتحكيم إلى، فهذه الخبرة الخاصة لا يمكن أن تتوفر دائما لدى القـضاء الـوطني، ونظرا لأن التحكيم في الأساس عملية إرادية فإن الخصوم يختارون قضاتهم بأنفسهم وهم الذين يقدرون ما إذا كانوا من ذوي الخبرة والدراية في محل خصومة التحكيم، بحيث تتشكل حالة من الطمأنينة في معرض خصومة التحكيم تتعلق بعدم الخشية من مسألة كون محل التحكيم أمرا معقدا وشائكا، وهذه الطمأنينة لا يمكن الظفر بها فـي الخصومات المعقدة عندما يتم عرضها على القضاء الوطني.[3]

فنقص الخبرة لدى القضاء الوطني خصوصا في الدول حديثة النشأة يجعـل من الصعب التصدي بنجاح لحل النزاعات المعقدة في شكل حكم عادل خصوصا أن

---

1 كلاي، توما كلاي، مداخلة للبروفسور (توما كلاي) أمام لجان المال في البرلمان الفرنسي تعليقـا على الحكم التحكيمي في نزاع الوزير الفرنسي السابق برنار تابي، راجع في ذلك، مجلة التحكـيم (مشرفها ورئيس تحريرها عبد الحميد الأحدب)، العدد الأول، كانون الثاني 2009، منشورات دار الحلبي، بيروت

2 الجمال وعكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ص 62.

وهما يشيران إلى ما ذكره إبراهيم احمد إبراهيم عن هذه الظاهرة وأثرها في التوجه نحو التحكيم فـي كتابه التحكيم الدولي الخاص ط 1986

3 في هذا المعنى انظر: أبو الوفا، أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاتـه، ص 98، 2000م، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية

كثيرا من المنازعات التجارية ذات طابع فني معقد تحتاج إلى قضاء يتمتـع بخبـرة خاصة تكون للإرادة دور في اختياره[1]

رابعا: لقد اكتسب التحكيم في العصر الحديث أهمية بالغة لكونه يتصدى لنزاعـات بين أطراف هم في الغالب حريصون على استدامة العلاقة فيما بيـنهم بـشكل ودي وهذا لا يمكن تحققه لو تم عرض نزاعاتهم على القضاء الوطني مع كل ما يـستتبع ذلك من علنية للجلسات، فيما يحقق التحكيم السرية المطلوبة التي غالبا ما يحتاج إلى وجودها طرفا الخصومة أو احدهم على الأقل خاصة في مجال العلاقات التجارية[2]

2.1 مشروعية التحكيم في الشريعة:[3]

أدلة مشروعية التحكيم في القرآن والسنة النبوية:

1.2.1 التحكيم في نصوص القرآن الكريم:

عند الحديث عن أدلة مشروعية التحكيم في القرآن الكريم فإن من الطبيعي أن يتم تتبع أي لفظ يشير إلى الحكم أو التحكيم، وقد وجدت أن من الضروري ابتـداء التطرق إلى الآيات التي ورد فيها لفظ التحكيم دون أن يكون المقصود بها التحكـيم بالمعنى الاصطلاحي، ثم التطرق للآيات التي دلت على التحكيم أو دلت على أنواع معينة في التحكيم بمعناها الاصطلاحي والتي تشير إلى مشروعيته من حيث الأصل.

أولا: آيات ورد فيها التحكيم بلفظه وقصد به القضاء والتـشريع فـي مـستجدات الأمور:

---

1 في هذا المعنى: الجمال وعكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ص 61 و وكذلك ص 62، فيما يتعلق بالطابع الفني الذي يغلب على كثير من المنازعات

2 الجمال وعكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ص 64.

3 لم اشر إلى آراء الفقهاء المسلمين كدليل على المشروعية منعا للتكرار ذلك أن هذه الآراء قد اتفقـت على مشروعية التحكيم واختلف في بعض التفاصيل الخاصة به وهذا الاختلاف بدوره كان له تأثيره فيما يخص الاجتهاد الجماعي للفقهاء المسلمين في العصر الحالي ممثلا بمجمع الفقه الإسلامي

قال تعالى: ﴿فَلاَ وربك لاَ يؤْمِنُون حتى يحكموك فِيما شَجر بينَهم ثُم لاَ يجِدواْ فِي أَنفُسِهم حرجا مما قَضيتَ ويسلموا تَسلِيما﴾ **[النساء، الآية: 65]** [1] [2]

هذه الآية، وإن ورد فيها لفظ التحكيم أي تحكيم الرسول فذلك لكونه صلى ا علية وسلم قاضيا، ذاك أن السلطة القضائية كانت بيده ﷺ ثم أن هذه الآية تعنـي أن الشريعة الإسلامية هي المطبقة في الحكم، ولا شيء غير ذلك، فإذا كان الأمر محل الحكم من الأمور التي لم يسبق أن فصل بمثلها ولم ينزل بها نص قرآني كنا أمـام قضاء وتشريـع، ذلك أن الرسول ﷺ عندما يقضي فيمـا استجـد من أمـور فهـو عليه الصلاة والسـلام لا يمارس مهمـة القضاء فقط، وإنما مهمـة التشريع[3]

---

1 يقول آل خنين أن المنع من التحاكم المقصود منه منع التحاكم إلى أي عرف مخالف للشرع، راجع: آل خنين، التحكيم في الشريعة..، ص 73.

2 البخاري، صحيح البخاري - للإمام أبي عبد ا محمد بن إسماعيل البخاري - المـساقاة - سـكر الأنهار – رقم 2187 – النسخة الالكترونية صحيح البخاري المصدر - موقع الإسلام التابع لوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية – منشور بشكل ثابـت – الرابط:

http://hadith.al-islam.com/Display/Display.asp?hnum=2187&doc=0

فمناسبة هذه الآية كما ورد في صحيح البخاري فكانت على اثر نزاع قام الرسول صلى ا عليه وسلم بالقضاء فيه:(حدثنا عبد ا بن يوسف حدثنا الليث قال حدثني ابن شهاب عن عـروة عـن عبد ا بن الزبير رضي ا عنهما أنه حدثه أن رجلا من الأنصار خاصم الزبير عند النبي صلى ا عليه وسلم في شراج الحرة التي يسقون بها النخل فقال الأنصاري سرح المـاء يمـر فأبى عليه فاختصما عند النبي صلى ا عليه وسلم فقال رسول ا صلى ا عليه وسلم للزبير أسق يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك فغضب الأنصاري فقال أن كان ابن عمتك فتلـون وجـه رسول ا صلى ا عليه وسلم ثم قال اسق يا زبير ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر فقال الزبير وا إني لأحسب هذه الآية نزلت في ذلك (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم)

3 أبي داوود، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي (أبي داوود)، سنن أبي داوود، نسخة الكترونية، رقم الحديث 3113، منشور بشكل ثابت على موقع الإسلام التـابع لـوزارة الـشؤون الإسـلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية – منشور بشكل ثابت – الرابط:

http://hadith.al-islam.com/Display/Display.asp?Doc=4&Rec=4502

وأيضاً[1] فهو الذي ما ينطق عن الهوى، وقوله وفعله في القضاء يعتبـر سـنة والسنة هي المصدر الثاني للتشريع في الشريعة الإسلامية [2]، وعلى ذلك فهذه الآيـة من سورة النساء إنما تدل على أن القضاء منوط بصاحب الاختصاص فـي صـدر الدولة الإسلامية وهو الرسول ﷺ، وأن ما ينطبق على أي نزاع لا بد أن يكـون - بالذات ودون غيرها- أحكام الشريعة الإسلامية متمثلة في نصوص القرآن والسنة النبوية في ذلك الوقت، وأما إقراره ﷺ لتحكيم غيره فيما ليس فيه نص حاضر مـن القرآن أو السنة ليطبقه المحكم – فإن الباحث يرى - أنه إقـرار مـن الرسـولﷺ للتحكيم المطلق وفق التعبير المعاصر أي التحكيم وفقا لقواعد العـدل والإنـصاف، وهي قواعد متجذرة لدى قبائل العرب قبل الإسلام، تجذرت أكثر فأكثر بعد الإسلام، يقول ا تعالى: (إِن الله يأْمر بِالْعدل والْإِحسان وإِيتَاءِ ذِي الْقُربـى وينْهـى عـن الْفَحشَاءِ والْمنْكَر والْبغْيِ يعِظُكُم لَعلكُم تَذَكَرون) **[النساء، الآية: 35]**

وما يؤكد وجهة النظر السابقة أنه من الناحية الفعلية فإن الرسول ﷺ كان يتسنم السلطتين التنفيذية والقضائية معا، وأما التشريع فكان وحيا من ا من خلال قـرآن

الحديث: ((حدثنا سليمان بن داود المهري أخبرنا ابن وهب عن يونس بن يزيد عن ابن شهاب أن عمر بن الخطاب رضي ا عنه قال وهو على المنبر يا أيها الناس إن الرأي إنما كان مـن رسول ا صلى ا عليه وسلم مصيبا لأن ا كان يريه وإنما هو منا الظن والتكلف)

1 أبادي، شرف الحق العظيم آبادي أبو عبد الرحمن، كتاب "عون المعبود شرح سنن أبي داود"، نسخة الكترونية، منشور بشكل ثابت على موقع الإسلام التابع لوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية – منشور بشكل ثابت – الرابط:

http://hadith.al-islam.com/Display/Display.asp?Doc=4&Rec=4502

حيث جاء في شرح الحديث السابق: (لأنه ا كان يريه) : إشارة إلى قوله تعالى { لتحكم بين الناس بما أراك ا }

(وإنما هو) : أي الرأي (والتكلف): أي المشقة في استخراج ذلك الظن. قاله في فتح الودود. قـال ابن القيم في إعلام الموقعين: مراد عمر رضي ا عنه قوله تعالى { إنا أنزلنا إليك الكتاب بـالحق لتحكم بين الناس بما أراك ا } فلم يكن له رأياه, ما أراه ا إياه, وأما ما رأى غيره فظن وتكلـف انتهى.

قال المنذري: وهذا منقطع , الزهري لم يدرك عمر رضي ا عنه.

2 راجع في هذا المعنى: الخفيف، علي الخفيف، المؤلفات الكاملة، ج 3 من هذه المؤلفـات بعنـوان: أحكام المعاملات الشرعية، ص 8 و ص 9، 2008م، دار الفكر العربي، القاهرة.

يتنزل عليه، أو فيما يقوله ﷺ أو يفعله أو يقرره، فإذا كان واقع الأمر كذلك اتضحت الصورة بالنسبة لهذه الآية

ثانيا: الآية التي لها علاقة بالتحكيم:[1]

وردت آية التحكيم في الشقاق بين الزوجين في سورة النساء وهي تشير إلى أمرين:

الأمر الأول: أنها تشير إلى مشروعية التحكيم من حيث المبدأ[2].

الأمر الثاني: أنها تشير إلى تحكيم واجب في بعض الأمور.

يقول تعالى: ﴿وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا﴾ **[النساء، الآية: 35]**

ورغم تعدد الآراء حول هذه الآية فيما يخص طبيعة التحكيم، وصفة الحكمين وسلطتهما في التفريق بين الزوجين[3]، إلا أن ظاهر النص أنه تحكيم إجباري لصيغة الأمر في لفظ (فابعثوا) وهو تحكيم غايته الصلح[4]، على أن من الجدير ذكره أنه ليس

---

1 انظر عكس هذا الرأي لدى. العوا، ة فاطمة العوا، عقد التحكيم في الشريعة والقانون، دراسة لتقنين الفقه الإسلامي والتأثير التشريعي لمجلة الأحكام العدلية – ط1 – 2002م المكتب الإسلامي – بيروت ودمشق وعمان.

حيث ترى أن آية التحكيم في الشقاق الزوجي لا يمكن أن يستدل بها على مشروعية التحكيم بوجه عام، وهذا الرأي لا يمكن التسليم به لان عليا ابن أبي طالب رضي ا عنه وهو من أكثر الناس بلاغة وفقها استدل بها على مشروعية التحكيم كما جاء في قصته مع الخوارج – راجع الهامش 79 من هذا البحث

2 فحتى الحنفية - على سبيل المثال - الذين يرون أن ليس للحكمين التفريق وان مهمتهما الصلح فقط، استدلوا بهذه الآية على مشروعية التحكيم، راجع في ذلك، ابن نجيم، زين الدين المشهور بابن نجيم، البحر الرائق – شرح كنز الدقائق، جـ 7، ص 27، سنة الطبع (بـدون)، الطبعة الأولى – المطبعة العلمية

3 لمزيد من الاطلاع على هذه الآراء راجع: العوا،عقد التحكيم في الشريعة والقانون،ص 215- 217

4 انظر: العوا، عقد التحكيم في الشريعة والقانون، ص216.

ولمزيد من الإطلاع حول هذا الموضوع راجع: الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص 84 والصفحة 403 وما بعدها من نفس المرجع حيث يفصل الدوري موقف بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية فيما يتعلق بمهمة الحكمين بعد تنصيبهما

للمحكمين في حال عدم التوفيق أن يحكما في التفريق إلا برضا الزوجين عند الحنفية والشافعية[1] [2]

---

1 سابق، السيد سابق، فقه السنة، جـ 2، ص 197، ط (بدون)، 2010م، ثلاثة أجزاء بكتاب واحد، المكتبة العصرية، صيدا وبيروت، لبنان.

حيث جاء في هامش ص 197: (حيث ذهب أبو حنيفة واحمد الشافعي – في احد قوليه – انـه لـيس للحكمين أن يطلقا إلا أن يجعل الزوج ذلك إليهما، وقال مالك والشافعي: إذا رأيا الإصلاح بعوض أو بغير عوض جاز، وان رأيا الخلع جاز، وان رأى الذي من قبل الزوج الطلاق طلق، ولا يحتاج إلى إذن الزوج في الطلاق، وهذا مبني على إنهما حكمان لا وكيلان).

2 وقد آل خنين الآلية التي يتم فيها التحكيم وما يمكن أن يتمخض عنه بخطوات أشار إليها مـستوحيا هذه الخطوات من مجمل أقوال الفقه حيث يقول (أن لكل حكم الخلوة بصاحبه الذي اختاره سـاءلا ومرغبا في الجمع ومذكرا بإثم النشوز، فإذا استوفى الحكمان ما سبق، خلصا نجيا لمباحثـة الأمـر وتقرير ما يريانه وعليهما مناقشة أسباب الخلاف وبذل الجهد لإزالته المرة تلو المرة، وعدم إخفاء أي من الحكمين شيئا عن الآخر، ولهما الاجتماع بالزوجين عند الاقتضاء فإذا تعذر الإصلاح اتخـذ الحكمان القرار بجمع أو فرقة بعوض – كل المهر أو بعضه – أو بدون عوض فيعملان ما رأيـاه صوابا، ويبلغانه للحاكم، ليحكم هو بجمع، أو فرقة بفسخ النكاح، وليس للحكمين فسخ الزوجة مـن زوجها وعليه العمل (أي أن هذا ما هو جار عليه العمل أمام القضاء السعودي – راجع: آل خنين، التحكيم في الشريعة..، ص 242-243) وهو بهذا يرجح من جانبه أن الحكمين في الشقاق الزوجي هما شاهدا خبرة ينقلان إلى القاضي ما علماه من حال الزوجين ورأيهمـا فـي الجمـع بينهمـا أو التفريق، إلا أن يوكلا فينفذ كل منهما ما وكل فيه ولهما فـي حـال التوكيـل الإصـلاح برضـا الزوجين... راجع نفس المرجع السابق: لآل خنين، ص 247، والرأي السابق يعتبر اجتهادا متوافقا مع ما جرى عليه العمل أمام القضاء السعودي حسبما يؤكد عليه المؤلف، ثم يعود فيؤصل لمـسألة أحوال الجمع وحكم الجمع على شرط إلى أن يصل إلى أحوال الفرقة بين الزوجين فيقول: يفرق بين الزوجين عند الشقاق في أحوال، أبرزها ما يلي – الحالة الأولى: إذا كانت الإساءة والمظلمـة مـن الزوج وقد اختلف العلماء في ذلك على قولين – القول الأول: إذا بان ظلم الزوج لزوجته وإسـاءته لها وإضراره بها، ولم ترض بالمقام معه: فرق بينهما بطلاق. وهذا مذهب المالكية وقول ابن تيمية من الحنابلة وأما القول الثاني: فلا يفرق بين الزوجين بدون رضاهما ولو كانت الإساءة والنشوز من الزوج وهو مذهب الحنفية والظاهرية، ثم يعقب بالقول: (ولم أقف على ما اسـتدل بـه الفريقـا) وانتهى إلى ترجيح القول الأول (ولمزيد من الاطلاع راجع: آل خنين، التحكيم في الشريعة... ص 250- 253) ويعتبر استنتاج آل خنين بالقول بان الحكمين هما شاهدا خبرة اجتهادا حـديثا علـى الرغم من قيامه بعملية مقاربة بين راية وما جاء في قرار هيئة كبار العلماء في المملكـة العربيـة السعودية المتعلقة بالشقاق الزوجي " رقم القرار 26 بتاريخ 1394/8/21هـ (القرار منشور فـي

إذن هذه الآية تشير بوضوح إلى أنها أنزلت في تحكيم معين بذاته، ورد النص على وجوب التحكيم فيه، فهي تشير إلى تحكيم إجباري سواء عرض الأمر على القضاء أم لم يعرض، فمن الممكن تعيين الحكمين من ولي الأمر، وكـذلك مـن القاضـي

نفس المرجع ص 363 وما بعدها) حيث نص القرار على خطوات يجب على القاضي أن يتبعها في حالة الشقاق الزوجي إلى أن يصل هذا القرار في منطوقه إلى النقطة التي ينص فيها – والخطـاب للقاضي – فان أصر (أي الزوج على إمساكها (أي الزوجة) وامتنع عن مفارقتها واستمر الشقاق بينهما (وبطبيعة الحال فإنه برأيي يمكن حمل ذلك على أن المطلوب من القاضـي الإصـلاح مـا استطاع إلى ذلك سبيلا تاركا الأمر إلى لحظة قد يزهد فيها الزوج من تلقاء نفسه فيطلق) ثم يتـابع القرار المضي بالقول:- بعث القاضي حكمين عدلين ممن يعرف حالة الزوجين من أهلهما حيـث أمكن ذلك، فان لم يتيسر فمن غير أهلهما ممن يصلح لهذا الشأن، فان تيسر الصلح - (وهذا برأي الباحث يؤكد على أن المهمة ابتداء تحكيم غايته الصلح) -..... بين الزوجين على أيـديهما فبهـا، وإلا افهم القاضي الزوج انه يجب عليه مخالعتها على أن تسلمه الزوجة ما أصدقها، - (وهذا برأي الباحث يشير إلى نهاية المرحلة الأولى من مهمة المحكمين وهي إخطار القاضي بأنه لا سبيل إلـى الصلح ليقوم بدوره بمحاولة عمل ما يلزم لإقناع الزوج بان لا فائدة من إطالة أمد زواج لا مفر من انتهائه)..... ثم يتابع القرار بما نصه.... فإن أبى أن يطلق حكم القاضي بما رآه الحكمـان مـن التفريق بعوض أو بغير عوض – (وهذا برأي الباحث يعني أن هناك مرحلة أخرى بعـد محاولـة القاضي حيث يرد الأمر إلى الحكمين ليحكما بالتفريق بعد أن توصلا قبلا أن لا سبيل إلى الـصلح، وكأن القرار يغلب الصفة القضائية لطبيعة مهمة المحكمين عندما منحهما الحق في إعطاء قرار هو أقرب للحكم غير النهائي وما يدل على ذلك ما جاء فيما تبقى من القـرار).... حيـث أتـي بمـا نصه..... فإن لم يتفق الحكمان أو لم يوجدا (أي الحكمين) وتعذرت العـشرة بـالمعروف بـين الزوجين نظر القاضي في أمرهما، وفسخ النكاح حسبما يراه شـرعا بعـوض أو بغيـر عـوض، والأصل في ذلك (أي في كل ذلك الكتاب والسنة والأثر والمعنى... الـخ.... القـرار حيـث تـم الاستدلال على ما سبق بآيات من القران الكريم وبأحاديث نبوية ومن الأثر متطرقين إلى الحكمة من كل ذلك.... انتهى القرار).... وهنا يرى عبد ا آل خنين في مقاربته مع هذا القرار أن ما قيل فيه يحمل على أن الحكمين خبيران – وهو ما لا يراه الباحث – ومن ناحية أخرى فـإن القـرار ذاتـه يخالف ما استنتجته من أن التحكيم في الشقاق وجوبي بدليل ما ذكر عن حالة تعذر وجود حكمـين، ولعل القرار في هذه الإشارة يساير الواقع الذي قد ينبئ في بعض الأحوال بتعذر وجـود الحكمـين العدليين من الناحية العملية، وأشير هنا إلى أن ما جرى عليه العمل في محاكمنا في المملكة العربية السعودية أن هناك هيئة من الخبراء تابعة لكل محكمة ممن عرفـوا بعـدالتهم ورجحـان عقـولهم يتصدون للتحكيم في الشقاق في كل حالة يتعذر فيها وجود حكمين من أهل الزوجين.

المحال عليه النزاع[1]، وهو تحكيم غايته الصلح، وهذا لا يعني أنه قـد لا يـسفرعن تفريق بين الزوجين انتهاء إن لم يتوصلا إلى صلح، وبالتالي ومـن وجهـة نظـر الباحث فإن الحكم الصادر من القاضي بالتفريق ما هو إلا في جانب منه كاشف لما استقر عليه المحكّمون، فإن عدل القاضي فيما اتخذاه من قرار بـالتفريق بعـوض وفرق بدون عوض أو بجزء من العوض مثلا فإن ذلك يؤكد الطبيعة القضائية لمهمة المحكمين.[2]

وهذه الآية وإن أشارت إلى نوع معين من التحكيم إلا أنهـا تـشير – بـرأي الباحث - إلى مشروعية التحكيم من حيث الأصل، ولا يمكن القول أن عدم وجـود سلطة للمحكمين في التفريق بين الزوجين يعني أن ذلك ليس بتحكيم خصوصا أنهما لا يستطيعان فرض الصلح، فمن الواضح أن بعض المذاهب أعطت الحكمين مثـل هذه السلطة [3]، وعلى ما يبدو فإن أقرب تكييف لهذا النوع من التحكيم أنـه تحكـيم إجباري سواء عرض الأمر على القاضي أم لم يعرض والهدف الإصلاح، فإن لـم يكن من إصلاح فهذا لخصوصية العلاقة الزوجية التي لا تقارن مع أي علاقة أخرى حيث يجد فيها الأطراف أنفسهم في كثير من الأحيان ملزمين أدبيا بقبـول الـصلح حتى لو لم تكن دواخلهم راضية بكل شروطه، ولا أجد كباحث أن مـن المستـساغ القول أن هذا التحكيم لا إرادة فيه للخصوم بالمطلق ذلك أن الأمر يتعلق بنص رباني

---

1 العوا، عقد التحكيم في الشريعة والقانون، ص 216

2 راجع قرار هيئة كبار العلماء المنوه عنه سابقا لدى: آل خنين، التحكيم في الـشريعة.... ص 366، حيث ورد في متنه (وأما الأثر:فما رواه عبد الرزاق عن معمر عن ابن طاوس عن عكرمـة بـن خالد عن ابن عباس قال:((بعثت أنا ومعاوية حكمين، قال معمر:بلغني أن عثمان بعثهما وقـال:إن رأيتما أن تجمعا جمعتما وان رأيتما أن تفرقا ففرقا)) بالإشارة إلى أن هذا الأثر ورد في مـصنف عبد الرزاق:512/6، برقم (9426)، ورواه البيهقي في السنن الكبـرى:306/7، والطبـري فـي تفسيره:327/8، وهو برقم:(11885)...... ويتابع القرار المشار إليه..... وما أخرجه الطبري في تفسيره عن ابن عباس – رضي ا عنهما – في الحكمين انه قال:فان اجتمع أمرهما على أن يفرقا أو يجمعا فأمرهما جائز) ويشير القرار في ذلك إلى تفسير الطبري:325/8، وإلى ما رواه البيهقي في السنن الكبرى:306/7 وهو برقم:(9428)

3 تم الإشارة إلى هذا الأمر

آمر، وظروف الخلافات الزوجية قد تصل في حدتها إلى درجة ينقطع فيها التواصل حتى في الاتفاق على الحكمين، مما يضع مسئولية على المجتمع في رفع الكلفة عن الزوجين باختيار الحكمين نيابة عنهما[1]، على أن الباحث يجزم أنه ما من أحد يستطيع القول أن أحد الزوجين لا يستطيع أن يرفض ابتداء المحكم المعين من طرف القاضي أو السلطان واختيار آخر قبل بدء التحكيم، لا بل الآية السابقة بتعلقها بأمر معين وهو التحكيم في حالة الشقاق تحديدا، فإنها بذلك تدل لا بل تقرر واقعا عاما فيما كان من أمر التحكيم قبل الإسلام لا حاجة فيه للتفصيل إلا فيما كان فيه تخصيص على الشكل الذي كان في تلك الآية، فتم ترك التفصيل فيما بعد للرسول ﷺ، باعتباره رسولا لدين يحوي شريعة تأمر بالعدل والإحسان في نصوص تضفي على العدل قيمة مطلقة كقيمة إنسانية يعرفها من دان بدين الإسلام وكذا من لم يدن بدين الإسلام، وما اختلاف فقاء المسلمين فيما بعد على تفصيلات الأحكام المتعلقة بالتحكيم إلا دليل مضاف لتأييد هذا الرأي.

ونستطيع أن نضيف إلى ذلك حجة أخرى لمن يرى إن هذه الآية لا علاقة لها بالتحكيم[2] بالقول: أن القرآن الذي وصف العلاقة الزوجية بالميثاق الغليظ إنما يصف علاقة لها قداستها ولكنها تبقى علاقة عقدية، فالزواج عقد وهو عقد نظمته الشريعة الإسلامية، وهو عقد يفترض وجود شرط التحكيم بالصلح قبل الحكم بالتفريق إن لم يتفق عليه الطرفان رضاء، أو قام بإنهائه بالطلاق ممن كان له الحق في التلفظ بالطلاق وهو الرجل، وشرط التحكيم بالصلح ورد بنص آمر في القرآن الكريم، وقد يسفر التحكيم عن صلح وقد لا يسفر عن صلح، فإن أسفرت عملية التحكيم عن صلح تحققت الغاية المترتبة على وصف هذه العلاقة بالميثاق الغليظ الموسوم دوما بالمودة والرحمة فنكون أمام تحكيم إجباري لذاته، اختياري في قبول نتائجه التي يفترض أنها متجهة ابتداء نحو الصلح.

---

1 انظر في هذا المعنى: الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص 400- 401. حيث يشير إلى تكليف كل المسلمين أن يلاحظ بعضهم شؤون بعض، وكان قبل ذلك فصل اختلاف العلماء في مسالة من المأمور ببعثة الحكمين انظر ص 389 من نفس المرجع

2 أشير إلى ما رأي ، العوا

فإن توفرت أركان الرضا الداخلي به ابتداء، وذلك لطبيعـة عقـد الـزواج الخاصة، فإن لم يسفر عن شيء فذلك مرده إلى النية المبيتة من أحـد الطـرفين أو كليهما في عدم الصلح، والشاهد قوله تعالى:(**إن يريدا إصلاحا**) "الآية" وهذا شرط، وأما جواب الشرط ففي قوله تعالى:(**يوفق ا بينهما**) "الآية" وجواب الشرط وعد إلهي،[1] إذن فهو تحكيم إجباري بالصلح تفترض الشريعة الإسلامية في طرفيه توجها صادقا نحو الصلح، وإلا فقد الغاية منه فيصار إلى مرحلة ما بعد التحكيم بالـصلح وهي قيام المحكمين بالتفريق بين الزوجين، على الخلاف بين المـذاهب فـي حـق الحكمين في التفريق كما أشير سابقا.

2.2.1 دليل مشروعية التحكيم في السنة النبوية:

من المعروف أن السنة النبوية إما أن تكون فعلاً أو قـولاً أو تقريـراً عـن الرسول ﷺ، وقد ذكرنا آنفا أن التحكيم كان موجوداً لـدى القبائـل العربيـة قبـل الإسلام، وجاء الدين الإسلامي وأقر هذا الأمر وهو موجود كعـرف كـان يحقـق مصالح لأطرافه[2].

فقد ذكر أن الرسول ﷺ أتاه وفد فيهم رجل يكنى أبا الحكم، فدعاه رسـول ا ﷺ وسأله: "إن ا هو الحكم وإليه الحكم، فلم تكنى أبا الحكـم" فقـال إن قـومي إذا

---

1 الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص 371.

في تعليقه على أقوال العلماء فيما يخص ضمير الألف في ما ورد في الآية الكريمة (يريدا، بينهمـا) في أنها عائدة إلى الزوجين أو الحكمين والذي أرجحه كباحث (وا اعلم) أن لا بديل عن صـلاح نية الزوجين للوصول إلى الصلح وان صلاح نيتهما لا تغني عن صلاحية نية الحكمين في الـسعي إلى الصلح والعكس صحيح

2 العوا، عقد التحكيم في الشريعة والقانون، ص 223، انظر فيما أشير إليه آنفا وبتفصيل حول كـون التحكيم كان عرفاً ثابتاً ومحققاً لمصالح أطرافه، وقد أشارت ة العوا إلى لجوء الصحابة إلى التحكيم في مسائل تجارية ومدنية مشيرة إلى ما ورد لدى محمد ناصر الدين الألباني في "إرواء الغليل فـي تخريج أحاديث منار السبيل: ج 8/ ص 231، 238، حيث ذكرت الباحثة أن الألباني نقـل مـن "طبقات ابن سعد، وسنن البيهقي" حيث لجأ عمر بن الخطاب وعثمان وغيرهم إلى التحكيم وممارسة زيد بن ثابت وجبير بن مطعم وشريح بن الحارث للتحكيم.

اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضي كلا الفريقين فقال رسـول ا ﷺ "مـا أحسن هذا، فما لك من ولد؟ قال لي شريح وعبد ا ومسلم، فكنّاه الرسـول بـأبي شريح على اسم ولده الأكبر ودعا له ولولده"[1]

وهذا إقرار صريح من الرسول المصطفى ﷺ بمشروعية التحكيم وأنه مـن أحـسن الأشياء. على أن السياق اللغوي يشير إلى اعتراض من الرسول ﷺ مقرون بتوجيه، متبوع بثناء كبير.

وأما الاعتراض فكان على الكنية على اعتبار أن (الحكم) هو ا سـبحانه وتعالى[2]، وأما التوجيه فالدال عليه قوله ﷺ: "وإليه الحكم" وذلك لأنه تعـالى الحكـم

---

1 النسائي، أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، سنن النسائي، نسخة الكترونية، موقـع الإسـلام التابع لوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية – منـشور بشكل ثابت – الرابط

http://hadith.al-islam.com/Display/Display.asp?Doc=3&Rec=77

رقم الحديث: 5292 ((أخبرنا قتيبة قال حدثنا يزيد وهو ابن المقدام بن شريح عن شـريح بـن هانئ عن أبيه هانئ :أنه لما وفد إلى رسول ا صلى ا عليه وسلم سمعه وهم يكنون هانئا أبا الحكم فدعاه رسول ا صلى ا عليه وسلم فقال له إن ا هو الحكم وإليه الحكم فلم تكنى أبا الحكم فقال إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضي كلا الفريقين قال ما أحسن من هذا فما لك من الولد قال لي شريح وعبد ا ومسلم قال فمن أكبرهم قال شريح قال فأنت أبو شريح فدعا له ولولده)

وقد جاء في شرح الحديث لدى: السندي، نور الدين بن عبد الهادي أبو الحسن السندي، نسخة الكترونية على نفس الرابط السابق: قوله: (سمعه) أي سمع النبي صلى ا تعالى عليه وسـلم مناداتـه أي مناداة القوم إياه بأبي الحكم فضمير الفاعل في سمع للنبي صلى ا تعالى عليـه وسـلم وضـمير المفعول لهانئ على حذف مضاف(وهم يكنون) إما بتشديد النون مع ضم أوله أو بتخفيفها مع فتح أوله وضميرهم لقوم هانئ(ما أحسن هذا) أي الذي ذكـرت مـن الحكـم علـى وجـه يرضـي المتخاصمين فإنه لا يكون دائما على هذا الوجه إلا بكونه عدلا (أبو شريح) رعاية للأكبـر سـنا وشريح هذا هو المشهور بالقضاء فيما بين التابعين وا تعالى أعلم. انظر تعليق. العوا، عقد التحكيم في الشريعة والقانون، ص224

2 (الحكم) بأل التعريف هو اسم من أسماء ا الحسنى، انظر: ابن منظور، لسان العرب، جـ 2، ص 952،حيث جاء فيه: " ا سبحانه وتعالى أحكم الحاكمين، وهو الحكيم له الحكـم، سـبحانه وتعالى. قال الليث: الحَكَم ا تعالى... من صفات ا الحكم والحكيم والحاكم، ومعاني هذه الأسماء متقاربة، وا أعلم بما أراد بها، وعلينا الإيمان بأنها من أسمائه "

دون غيره فيما اختص به جل ذاته بأن يسمي فيه نفسه (الحكم)، والحكـم إليـه – وهو الحكم - لأن حكمه تعالى المقصود فيه ليس حكم قاض بما يتطلبه من تخاصم وتقديم بينات والتزام من القاضي بعدم الحكم وفقا لعلمه الشخصي، بل هو حكم أحكم الحاكمين، وهو الذي يفصل بين مخلوقاته بما شاء ويفصل بين الحق والباطل لا راد لقضائه ولا معقب لحكمه وهو يحكم بينهم في الدنيا بوحيه الذي انزله على محمد ﷺ.

وأما الثناء الدال على الإقرار الصريح، فكان بعد أن عرف الرسول ﷺ طبيعة ما كان يوكل إلى أبي شريح من تحكيم وما يدل عليه قول أبي شريح:"فرضي كـلا الفريقين"، ذلك أن الثناء لم يأت إلا بعد عبارة أبي شريح عن رضا الفريقين، فكـان من الطبيعي أن نفسر الثناء على أنه انصرف إلى تلك العبارة، على أن رضا كـلا الفريقين- برأي الباحث - قد يحمل على وجهين:

أولهما: أن التحكيم الذي كان يمارسه – اختيارياً - قوم شريح ويقاس عليه التحكيم عامة في حقبة ما قبل الإسلام كان تحكيماً بالصلح أي بتفـويض المحكـم بالـصلح والتحكيم بالصلح مدعاة للرضا، والصلح من أهم الفضائل التي أمرت بها الـشريعة الإسلامية بطبيعة الحال، **وأما الوجه الثاني:** أنه تحكيم وفقا لمبادئ العدل أو وفقـا لما هو عدل [1] دون أن يكون هناك تفويض بالـصلح بالـضرورة، خـصوصا وان منازعات تلك الحقبة لا ترقى إلى تعقيدات خصومات العصر الحـديث كمـا أنهـا منازعات تكاد تكون محددة الصور ربما أسفر تكرار الفصل فيهـا عـن أعـراف متصلة بقواعد العدل طبقت مرارا عليها حتى استقرت في ضمير الناس فـي تلـك الحقبة، بحيث يقتنع الطرفان بأن ما جرى من حكم تحكيمي هو عين العـدل، فـإذا عرفنا أن شريحاً هذا محكم في حقبة ما قبل الإسلام فإن الرسول ﷺ لم يكـن بهـذا الأمر مقراً بالتحكيم فقط، بل مقراً بالتحكيم بالصلح والتحكيم وفقاً لما هو عدل، فإذا عرفنا فيما بعد أن الشريعة الإسلامية ما جاءت إلا بالعدل فإن الحكم وفقا لهـا هـو عين العدل، وما لم يكن موافقاً للشريعة فهو ليس بعدل، أضف إلى كل ذلك أن سياق

---

1 يؤيد ذلك ما جاء في الهامش من هذا البحث، في شرح السندي لهذا الحديث وإشارته إلى أن الإشادة كانت لأن الحكم كان يوصف بالعدل وإلا لما كان الثناء.

النص يشير إلى أن الرسول أقر بأن الحكم الصادر عن المحكم في تحكيمه هو حكم بل هو حكم قطعي.[1]

وما يساند هذا الرأي من انصراف رضا الرسول ﷺ إلى التحكيم الذي أشـار إليه أبو شريح وان الاستحسان شمل الأمر برمته بما في ذلك إلزام حكم المحكم قول الرسول ﷺ:(من حكم بين اثنين تحاكما إليه، وارتضيا به، فلم يعدل بينهمـا بـالحق فعليه لعنة ا). وفي ذلك يقول وهبه الزحيلي تعليقا على هذا الحديث (وهـو دليـل على أن حكم المحكم يلزم الخصمين، بسبب هذا الوعيد، فهو دليل على لزوم حكمه، وإلا لما استحق المحكّم هذا الذم والتهديد بالطرد من رحمة ا ، و لأن التحكيم ليس أقل من الصلح، وبعد تمام الصلح لا يملك أحد المتصالحين الرجوع عنه).[2]

ولأنه لو لم يكن حكم المحكم لازما لفقد التحكيم غايته أو معناه، ولمـا كـان للترافع إليه معنى، ودليل ذلك أيضا من السنة النبوية رضا الرسول ﷺ بحكم سعد بن معاذ في تحكيمه بشأن بني قريضة، وثبت الرضا به قبل نطق سعد رضي ا عنـه به، حيث تثبت سعد سلفا من لزوم الحكم المحكوم به على بني قريضة وعلى النبـي ذاته ﷺ.[3]

ومن كل ذلك يستطيع الباحث أن يستخلص أن الرسول صلى ا عليه وسـلم أقر هذا العرف وما كان عليه التحكيم لدى قوم شـريح وفقـا للأعـراف التـي لا تتعارض مع مبادئ العدالة، وفي هذا السياق انقل ما قاله العلامة مصطفى الزرقـا عن سلطان العرف العملي حيث يقول: إن النظر في نصوص الفقهاء، ينبـئ بـأن العرف العملي في ميدان الأفعال العادية والمعاملات المدنية له الـسلطان المطلـق والسيادة التامة في فرض الأحكام وتقييد آثار العقود وتحديد الالتزامات على وفـق المتعارف وذلك في كل موطن لا يصادم فيه العرف نصا تشريعيا، فالعرف عندئـذ

1 راجع ما سبق من هذا البحث بخصوص قوة الإلزام في حكم المحكمين في حقبة ما قبل الإسلام

2 الزحيلي، قضايا الفقه والفكر المعاصر، ص 228، ط 1، 2006م، دار الفكر، دمـشق، والحـديث الشريف مشار إليه في نفس المرجع

وراجع: البهوتي، منصور بن يوسف البهوتي، كـشاف القناع،جـ ـ 15، ص 23، إصـدار 1، ط 1، 1429هـ/2008م، منشورات وزارة العدل السعودية.

3 الزحيلي، قضايا الفقه والفكر المعاصر، ص 728

يعتبر مرجعا ومنبعا للأحكام، ودليلا شرعيا عليها حيث لا دليل سواه من النصوص التشريعية الأساسية).[1]

ولا يقدح في هذا التوجه لدى الباحث قول قائل إن ذلك يتعلق بما يرتبط من أعراف بالعقود والتعاملات فقط، لأن الأمر إن قيس قياسا صحيحا فإنه حيث لا يوجد نص فإن قواعد العدالة إن كان الاحتكام إليها هو من قبيل العرف فإنه في حالة غياب النص فلا مانع من الاحتكام إليها لأن قواعد العدالة هي جزء لا يتجزأ من الشريعة لأن الأخيرة ما جاءت إلا لإقرار العدل.

3.1 بين التحكيم وإسباغ صفة التحكيم وقائع في صدر الإسلام لها دلالاتها:

1.3.1 (التحكيم) في فتنة مقتل عثمان رضي الله عنه:

روي أن عمر بن عبد العزيز رحمه الله تعالى سئل عما حصل بين الصحابة فقال: تلك دماء طهر الله يدي منها أفلا اطهر منها لساني، مثل أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ﷺ مثل العيون، ودواء العيون ترك مسها، قال البيهقي معلقا على قول عمر بن عبد العزيز، رحمه الله تعالى: هذا حسن جميل لأن سكوت الرجل عما لا يعنيه هو الصواب.[2]

يشير بعض الباحثين إلى أن أشهر واقعة للتحكيم في الإسلام هي تلك التي كانت بين علي ومعاوية رضي الله عنهما بعد وفاة عثمان ﷺ مقتولاً، وقد أشار هؤلاء إلى أن هذا التحكيم قد استجمع معظم أركانه وشروطه المعروفة في العصر الحاضر[3].

ورغم أن هذه الحادثة (التحكيمية) وما رافقها من روايات مختلفة إنما يهمنا فيها هو التدليل على مشروعية اللجوء إلى التحكيم من حيث المبدأ، ذلك أن الباحث

---

1 راجع في ذلك: الزرقا، مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، المجلد الثاني، ص 883 – 884، ط 2، 2004م، دار القلم، دمشق

2 الصلابي، علي محمد الصلابي، حقيقة الخلاف بين الصحابة في معركتي الجمل وصفين وقضية التحكيم، ص208، ط 1، 2008م، دار المعرفة، بيروت

3 منهم قحطان الدوري، ومحمد سليم العوا، وفاطمة العوا.

اطلع على عدد من الأبحاث أشارت إليها في معرض الحديث عن دليل مـشروعية التحكيم لدى الصحابة، إلا أن الأمر يوجب - لما له من أهمية في السياق الذي تـم فيه - أن يتم وضعها من قبل بعض من بحث فيها في موضعها الصحيح - بحيث يتم تسليط الضوء على هذه الواقعة، وما أحاط بها من ظروف بحيث تقرأ نصوص الوثيقة (التحكيمية) قراءة موضوعية متأنية، خصوصاً وأن بعض البـاحثين أشـار إلى شبه اكتمال أركان عقد التحكيم وشروطه بشكل يكاد يكون مشابها لأية مشارطة تحكيم في العصر الحالي [1]، إلا أنه من الملاحظ – برأي الباحث – أنـه لـم يـتم العناية بمحل التحكيم الذي هو مفتاح حل اللغز في هذه الحادثة (التحكيمية) الـشهيرة بل الأشهر في التاريخ الإسلامي، وعليه سيحاول الباحث تفصيل هذا الأمـر علـى النحو التالي:

أولا: نص الوثيقة:[2] (هذا ما تقاضى عليه علي بن أبي طالب ومعاويـة بـن أبـي سفيان:قاضى علي على أهل الكوفة ومن معهم من شيعتهم من المسلمين، وقاضـى معاوية على أهل الشام ومن معهم من المؤمنين والمسلمين، أنا ننزل عند حكـم ا وكتابه، ولا يجمع بيننا غيره وان كتاب ا عز وجل بيننا من فاتحته إلى خاتمتـه، نحيي ما أحيا ونميت ما أمات فما وجد الحكمان في كتاب ا عز وجل – وهما:أبو موسى الأشعري عبد ا بن قيس وعمرو بن العاص القرشي – عملا به، ومـا لـم يجدا في كتاب ا عز وجل فالسنة الجامعة غير المفرقة). وأخذ الحكمان من علي ومعاوية ومن الجندين من العهود والميثاق والثقة من الناس ((أنهمـا آمنـان علـى أنفسهما وأهلهما. والأمة لهما أنصار على الذي يتقاضيان عليه، وعلـى المـؤمنين والمسلمين من الطائفتين كلتيهما عهد ا وميثاقه أنا على ما في الصحيفة، وان قـد وجبت قضيتهما على المؤمنين والمسلمين فإن الأمن والاستقامة ووضع السلاح بينهم أينما ساروا على أنفسهم وأهليهم وأموالهم وشاهدهم وغائبهم. وعلى عبد ا بن قيس وعمرو بن العاص عهد ا وميثاقه أن يحكما بين هذه الأمة...... واجل القضاء إلى رمضان. وان أحبا أن يؤخرا ذلك عن تراض منهما. وان توفي أحد الحكمين فـإن

1 العوا، عقد التحكيم في الشريعة والقانون، ص 226

2 تعمد الباحث وضع الخطوط حول بعض العبارات للأهمية في فهم محل التحكيم وغايته

أمير الشيعة يختار مكانه – مقصود الشيعة هنا الفرقة وليس الشيعة المذهب الفقهـي والسياسي[1] – ولا يألو، من أهل المعدلة والقسط. وأن مكان قضيتهما الذي يقـضيان فيه مكان عدل بين أهل الكوفة وأهل الشام، وان رضيا وأحبا فلا يحضرهما فيه إلا من أراد. ويأخذ الحكمان من أرادا من الشهود، ثم يكتبان شهادتهما على ما في هذه الصحيفة، وهم أنصار على من ترك ما في هذه الصحيفة، وأراد فيه إلحادا أو ظلما. اللهم إنا نستنصرك على من ترك هذه الصحيفة) [2]

هذا أهم ما ورد في الوثيقة،... لألج إلى الموضوع بعد ذلك في محاولة لقراءة هـذا الأمر على ما يلي:

1- أن هناك خلافا بين أهل العراق وأهل الشام وكان علـي ومعاويـة رضـي ا عنهما يمثلان كل طرف.
2- أن المسألة محل الخلاف سيبتّ فيها من قبل جهة قضائية تم انتخابها مـن قبـل الفريقين تمثلت في أبي موسى وابن العاص رضي ا عنهما بدليل ورود عبارة (يتقاضيان عليه).
3- أن البت سيكون وفقا للشريعة ولمبادئ الحق والعدل وصولا إلى غايـة مهمـة وهي اجتماع وليس فرقه، بدليل ورود عبارة (فالسنة الجامعة غير المفرقـة) ولذا فإن من المنطقي أن يكون هدف القاضيين هو الوصول ليس إلى حكم عادل في ظاهره مفرق ومشتت لشمل المسلمين في باطنه، مما يوحي بأنهمـا منحـا سلطات تقديرية استثنائية، وبالتالي يكون أي حكم لا يحقق لـم الـشمل بـاطلا بطلانا مطلقا.
4- أنه يبقى السؤال حول ما الذي كان محلا للتقاضي ؟ اهو الخلافة ؟ أم وجـوب إقامة الحد من عدمه على قتلة عثمان ﷺ.

---

1 الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص 56، حيث يشير إلى ذلك.

2 ابن كثير، عماد الدين إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الشافعي الشهير بابن كثير، البداية والنهاية، ص 1151، طـ (بدون)، 2004م، بيت الأفكار الدولية – بيروت

وبعد ذلك يمكن الإفصاح عن أفكار معينة في إطار هذه الإشكالات التي تثار عند تحليل نص الوثيقة وما تلاها من أحداث في أنه مهما قيل بعد ذلك عن دهاء عمرو بن العاص واستدراجه لأبي موسى وإقناعه بخلع معاوية وعلي رضي ا عنهما وان يستخاف عبد ا بن عمر، فصوبه عمرو، ولكن عدد له عمرو جماعة، وأبو موسى يأبى إلا ابن عمر، أو ما قيل عن الرجلين من أنهما خطبا بعد كتابة الصحيفة، فخلعهما أبو موسى، وخلع عمرو عليا فقط [1]، ومهما قيل من ترجيح لإحدى الروايتين فإن النتيجة برأي الباحث واحدة من حيث أن الأمر انطوى على خلع لأمير المؤمنين علي رضي الله عنه.[2]

ثانيا: إن ما قيل من حديث من قبل الباحثين من أن أبا موسى لم يتم خداعه من قِبل عمر بن العاص – رضي ا عنهما– وهو أمر نجد أن له ما يبرره[3] رغم أن التاريخ لا يساند ذلك، إلا أن الباحث يرى كما يرى كثيرون أن الخوض في هذا الأمر أصبح من المجمع عليه ومنذ القدم بأنه محمول على أنه اجتهاد من كلا الفريقين وان من الخير عدم الخوض فيه[4] ثم القول بأنه بعد خلع علي ومعاوية – رضي ا عنهما– تم إحالة التحكيم إلى هيئة أخرى تحكم فيه[5]، ثم الوصول إلى نتائج لم تقطع ببطلان أو عدم بطلان عملية التحكيم من خلال الابتعاد عن محل الاتفاق، ثم القول إن الأمر تحكيم، والقطع بأنه تحكيم يعتبر – برأي الباحث - ابتعاداً عن التكييف الحقيقي لما حصل لأن العبرة في المعاني لا بالألفاظ والمباني وهذا ما سنتطرق إليه تالياً.

1 ابن كثير، البداية والنهاية، ص 1154

2 هذا ما تشير إليه كتب التاريخ والادعاء بغير ذلك لا سند له – راجع: ابن كثير، البداية والنهاية، ص 1154

3 الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص 59.

4 الصلابي، حقيقة الخلاف بين الصحابة في معركتي الجمل وصفين وقضية التحكيم، ص 210

5 العوا،. محمد سليم العوا، " في النظام السياسي للدولة الإسلامية"، ص 109 وما بعدها، ط6، المكتب المصري الحديث، القاهرة و مشار إلي هذا الرأي عند: العوا، عقد التحكيم في الشريعة والقانون، ص226،

ثالثا: إن خلع صفة التحكيم على هذه الواقعة الأهم في التاريخ الإسلامي والجزم بأنها تحكيم والتأصيل لها باكتمال أركان وشروط التحكيم فيها على وجه شبه كامل، يقتضي بالضرورة التزام هيئة التحكيم فيما أسند إليها التحكيم فيه، فإذا عرفنا أن سبب الخلاف هو عدم الإسراع في الاقتصاص من قتله عثمان ﷺ[1] وهو أمر(برأي الباحث) لم يكن برغبة في عدم الاقتصاص لذاته، وإنما لأن الأمر يتعلق بسؤال كبير لقتله عثمان الذين اجتمعوا على قلب رجل واحد وورائهم ألوف مؤلفة حيث كان جوابهم بأنهم جميعاً قتلته ﷺ احتجاجاً على ما قيل أنه محاباة لبعض الولاة [2] وهو أمر أدرك علي ﷺ تداعياته في حال الإسراع في الاقتصاص بما يزيد الفتنة فتنة، فالأمر بالنسبة لعلي ﷺ كان أمراً متعلقاً بكيان الدولة الإسلامية وأمنها العام وهو يعبر وبحق عما استقر عليه فقه القانون العام في العصر الحالي الذي يجيز تعطيل بعض نصوص القانون في الظروف الاستثنائية فتصبح الدولة محكومة بمراسيم وأوامر تنفيذية.

إذن فلا بد من الإشارة إلى أن سبب المعارك الطاحنة في موقعتي الجمل وصفين هو هذا الخلاف حول الاقتصاص من قتلة عثمان ﷺ، ورغم أن نص الوثيقة لا يشير إلا إلى الاحتكام إلى كتاب ا وسنة رسوله، إلا أن السياق التاريخي يشير بوضوح – إذا حمل الأمر على أنه تحكيم – إلى أن هيئة التحكيم كان من واجبها أن تقضي في النزاع في هذا الأمر لتحقيق غاية عليا تتعلق بالحفاظ على كيان الدولة الإسلامية من التفسخ، ولذا فإن حكمها على خلاف ما تم الاتفاق عليه على أنه محل للتحكيم يجعل من هذا التحكيم وفقا لهذا الاحتمال تحكيما باطلا بطلانا مطلقا.[3]

---

1 الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص 59. حيث يقول: ولم يقاتل – أي معاوية – على الخلافة وإنما كان يطالب بإقامة الحد الشرعي على المشتركين في قتل عثمان رضي ا عنه.

2 ابن كثير، البداية والنهاية، ص 1143- 1144

3 من حق أي باحث أن لا يتجاهل ما ورد في كتب التاريخ بحيث يتساءل: كيف يكون الأمر تحكيما والروايات التاريخية تشير إلى (رفض عمرو بن العاص إيراد وصف أمير المؤمنين في الوثيقة حيث كتب... هذا ما تقاضى عليه علي بن أبي طالب أمير المؤمنين،حيث قال عمرو بن العاص:اكتب اسمه واسم أبيه، هو أميركم وليس بأميرنا، فقال الأحنف لا تكتب إلا أمير المؤمنين،

رابعا: أما وقد حمل الأمر على أنه تحكيم لدى بعض الباحثين فإن القـول بـصحته وعدم بطلانه أو أن الأمر عندما لم يكن محل رضا أفضى إلى إحالة التحكـيم إلـى هيئة تحكيم أخرى وان التحكيم لم يفض إلى شيء[1] يعني أن الأمـر فيـه مغالطـة كبيرة، وإلا ما معنى أن يرفض علي ابن أبي طالب نتائج هـذا التحكـيم لـولا أن منطوق الحكم التحكيمي لم يأتِ موافقاً لما قيل أنه محله الذي كـان مـن الواجـب الفصل فيه ؟[2] والجواب: أن الأمر ببساطة ينطوي على فهم مختلـف سـواء مـن أطراف التحكيم أم من المحكّمين أم من عامة المسلمين من الفريقين الذين كان يمثلها علي ومعاوية رضي ا عنهما.

فإذا سلمنا أن أبا موسى وعمرو خلع كل منهما صاحبه ولا صـحة لروايـة خداع عمرو بن العاص لأبي موسى، فإن ذلك يعني الوقوف على عدة احتمالات.

الاحتمال الأول: أن الحكمين لم يلتزما بالحكم في محل النزاع المتفـق عليـه وهـو الاقتصاص من قتلة عثمان ﷺ، والحكم بما لم يتم الاتفاق عليه، وبالتالي خلع علـي وخلع معاوية.

فقال علي: امحه واكتب هذا ما قاضى عليه علي بن أبي طالب ومعاوية ابن أبي سفيان... الـخ.... حيث استشهد علي بقصة صلح الحديبية عندما رفض المشركون كتابة محمد رسول ا ....) فهـل يعقل أن يوافق علي رضي ا عنه على تحكيم في مسالة الخلافة، ورأيه معروف سلفا انه لو حكّم فيها لما أيد عليا ولأيد معاوية، مما يشير إلى أن محل النزاع كان فيه ما فيه من الجهالة التي تجعله تحكيما باطلا، ثم بعد ذلك حق لأي باحث أن لا يتجاهل ما أردته كتب التاريخ عـن رفـض علـي رضي ا عنه لنتائج التحكيم،.. راجع فيما نسب لعمرو بن العاص لدى: ابن كثير، البداية والنهاية، ص 1151

1 من القائلين بهذا الرأي وان التحكيم لم يفض إلى شيء رغم انه برأي الباحث تحكـيم غيـر وجـه التاريخ وكانت ثمرته بداية حقبة جديدة في التاريخ الإسلامي متمثلة في الملك العضوض الـوراثي والذي ترسخ في الوعي السياسي العربي. ومن هؤلاء قحطان الدوري، عقـد التحكـيم فـي الفقـه الإسلامي والقانون الوضعي، ص 60

وكذلك انظر العوا، محمد سليم، " في النظام السياسي للدولة الإسلامية"، ص 109 وما بعدها

2 ابن كثير، البداية والنهاية، ص 1156

هذا الأمر أبعد ما يكون عن الواقع لأن عليا ﷺ كان خليفة وأما معاوية فلـم يـدعي الخلافة حتى يتم خلعه،[1] فإن كان الأمر تحكيماً فهو تحكيم باطل بطلاناً مطلقـاً لا مراء فيه، والقول بان الأمر وفق هذا الاحتمال مستبعد عن صاحبين جليلـين مثـل عمرو وأبي موسى بحيث يكون فهمهما قاصراً إلى هذا الحد بأن يحكما فيما لم يتفق عليه يقودنا إلى الاحتمال الآخر.

الاحتمال الثاني: يخرجنا عن التحكيم نهائياً، فالأمر يتعلق بفهم الأمر علـى أسـاس تفويض للرجلين فيما يحقن الدماء ويوقف الفتنة وهذا أمر يسانده المنطق، وهذا يأتي من خلال طرح السؤال التالي لماذا يتم الخلع لأمير المؤمنين والخلع لأميـر الـشام والاتفاق على هذا الأمر بين الرجلين؟

إن الغاية كانت وبكل وضوح وفقا لهذا الاحتمال سحب كل من علي ومعاوية من الساحة السياسية ليتولى الأمر من يتفق عليه المسلمون ولياً للأمر حتى يفـصل في موضوع القصاص محل الخلاف، لأن الثقة بين كل فريق انعدمت فعلـي ومـن معه ممن فهموا معزى حمل القرآن على أسنة الرماح، علموا أن مطالبـة معاويـة بالقصاص ذريعة لغاية في نفسه، وهي أن عينه كانت على الخلافة، ومعاوية ومـن معه مقتنعون لسبب ما أن عليا ﷺ لا يرغب في الاقتصاص من قتلة عثمان لتثبيـت أركان خلافته (هكذا لم تكن الثقة موجودة بين الطرفين).[2]

وفي مثل هذا الظرف يمكن القول أن كلا من القاضيين قد اجتهدا برأيهما على أن هذا الأمر يتعلق بأمن الدولة الإسلامية وسلامتها وهذا الأمر مقدم على غيـره، فمارساً دور القاضي المعين في الظروف الاستثنائية الذي يحكم وفقاً للمصلحة العامة التي تكون مقدمة على أية مصالح أخرى، وما يساند هذا الرأي أن الوثيقة لم تـشر إلى ما أسند للرجلين من نزاع للفصل فيه، فكانت مفتوحة على جميع الاحتمـالات،

---

1 أن كتب التاريخ أشارت إلى أن معاوية كانت عينه على الخلافة: يذكر ابن كثير (ثـم دعـا علـي معاوية إلى أن يبارزه فأشار عليه عمرو بن العاص أن يبرز إليه فقال له معاوية:انك لتعلم انه لـم يبارزه رجل قط إلا قتله، ولكنك طمعت بها بعدي) (أي طمعت يا عمرو بالخلافة) راجع: ابـن كثير، البداية والنهاية، ص 1149

2 ابن كثير، البداية والنهاية، ص 1143

والباعث الدافع حسب ظاهر النص هو حقن الدماء وليس خلـع أميـر المـؤمنين، ويستفاد ذلك من عبارة وردت في الوثيقة تقول: (أنا ننزل عند حكم ا وكتابه، ولا يجمع بيننا غيره وان كتاب ا عز وجل بيننا من فاتحته إلى خاتمته، نحيي ما أحيا ونميت ما أمات).

وقد يقول قائل إذا كان الرجلان قد فهما الأمر كذلك فكيف لم يفهمه علي ﷺ كذلك وكيف كان فهم معاوية ﷺ ؟ والإجابة تتطلب القول أن علياً ﷺ وقع تحت ضغط معنوي وصل حد التهديد للقبول بالاحتكام إلى الرجلين حيث أصر على هذا التحكيم رهط هددوا عليا بالقتل إن لم يمتثل لهذا (التحكيم)[1] وهم نفس الرهط الذين خرجوا عليه فيما بعد، ثم أنه كان يعلم أن الدافع الباعث لدى معاوية ﷺ لم يكن القـصاص بقدر ما كانت عينه على الخلافة[2] ثم إن معاوية ﷺ هو من طلب مـشورة عمـرو فأشار إليه بهذا الحل ولو كانت كفة جيشه راجحة لما طلب المشورة من عمرو الذي أشار عليه برفع المصاحف على أسنة الرماح إشارة إلى الاحتكام إلى ا ورسوله. [3]

الاحتمال الثالث: وهو الذي يقول به محمد سليم العـوا[4] وهـو أن لا صـحة لكـل الروايات المتضاربة، وان حقيقة حكم المحكمين تمحورت في رد الأمر محل التحكيم وهو الاقتصاص من قتلة عثمان إلى هيئة تحكيم أخرى وتحديدا إلى النفر الذي توفي رسول ا ﷺ وهو راض عنهم وان الخلاف حول الخلافة لم يكن قد نشأ بعد – وهنا فإن الباحث يعتقد بان هذا الرأي – مجرد تقدير لا يسانده دليل، ويشير إلى تنـاقض بين، ذلك أن من رفض النتيجة التي انتهى إليها التحكيم هم أنفسهم الذين اجبروا عليا

---

1 ابن كثير، البداية والنهاية، ص 1150، حيث قالوا لعلي رضي ا عنه اجب إلى كتـاب ا عـز وجل إذا دعيت إليه، وإلا ندفعك برمتك إلى القوم، وهو برأي الباحث حمق من قبل هذا الرهط أدى إلى ما أدى إليه فيما بعد، لأنه وان كان معاوية رضي ا عليه داهية فان الأمر لا يمكن أن ينطلي على علي رضي ا عنه

2 ولذا – اعتقد كباحث - بان ما ساد في الثقافة العربية من وصف التذرع بالذرائع للوصول إلى أمـر ليس فيه حق بالقول (كقميص عثمان) له ما يبرره في الوعي والذاكرة العربية والإسلامية.

3 ابن كثير، البداية والنهاية، ص 1149

4 العوا، محمد سليم، " في النظام السياسي للدولة الإسلامية"، ص 110

رضي ا عنه على الرضوخ إلى التحكيم [1]، فلا يوجد منطق يقول إن هناك سـببا لرفض إحالة الأمر إلى هيئة تحكيم أخرى لتحكم فيه، لولا أن الأمر تعلق بالخلافـة دون غيرها.

ويشير الباحث إلى جدل دار بين علي والخوارج ذكره ابن كثير في أكثر من موضع وكان علي رضي ا عنه يقول للخوارج أنه ما رضخ للتحكيم إلا بناء على ما كان منهم، كما أن هناك فهما لعلي أشار إليه ابن كثير يشير إلى أنه وإن كان قبل بالتحكيم فقد حمله على أنه تحكيم بالصلح، حيث استشهد في رده على الخوارج بآية الشقاق بين الأزواج[2]

الحقيقة أن عليا رضي ا عنه قد كان فهم التحكيم على أنه تحكـيم بالـصلح يقتضي تنازلات من جميع الأطراف، أما بالنسبة لفهم الطرف الآخر له غيـر هـذا الفهم فإن ذلك يعني بالضرورة الحديث عن تحكيم باطل.

إن الباحث وفقا لكل تلك الاحتمالات السابقة يجزم أن إقحـام هـذه الواقعـة والاستشهاد بها كواقعة تحكيمية والاستدلال بها على مشروعية التحكيم في الشريعة الإسلامية أمر لا سائغ له، وهي حدث سياسي وأزمة عصفت بالدولة الإسـلامية لا يستقيم معها ردها إلى التحكيم، لأن ردها إلى التحكيم، أو ردهـا إلـى الـصلح، أو تكييفها وفق لأي احتمال يعني الخوض في مواقف كل طرف، وهذا من المنهي عنه بإجماع الأمة.

---

1 ابن كثير، البداية والنهاية، ص 1152

2 ابن كثير، البداية والنهاية، ص 1153، جاء في البداية والنهاية فيما نسب إلى الخـوارج قـولهم: (انسلخت من قميص البسكه ا ، واسم سماك به ا ، ثم انطلقت فحكمت في دين ا ، فلمـا أن بلـغ عليا ما عتبوا عليه وفارقوه عليه، فأمر فأذن مؤذن أن لا يدخل على أمير المؤمنين رجل قد حمـل القران، فلما امتلأت الدار من قراء الناس دعا بمصحف إمام عظيم، فوضعه بين يديه فجعل يـصك بيده ويقول: أيها المصحف، حدث الناس، فناداه الناس فقالوا: يا أمير المؤمنين ما تسأل عنه إنما هو مداد في ورق، ونحن نتكلم بما روينا منه،، فماذا تريد، فقال أصحابكم هؤلاء الذين خرجـوا بينـي وبينهم كتاب ا يقول تعالى في امرأة ورجل: ﴿ وإن خِفْتُم شِقَاقَ بينِهما فَابعثُواْ حكما من أَهلِهِ وحكما من أَهلِها إِن يرِيدا إِصلاَحا يوفِّق اللّه بينَهما إِن اللّه كان علِيما خَبِيرا﴾ [النساء، الآية: 35] فأمة محمد أعظم دما وحرمة من امرأة ورجل)

وأما المضي في خلع صفة التحكيم على هذا الأمر، وهو رأى له ما يبـرره يقود برأي الباحث إلى القطع بالقول أنه تحكيم باطل ليس مرده الحديث عن قصص لم تثبت من خداع أحد المحكمين للآخر بقدر ما يتعلـق الأمـر يتجـاوز الـرجلين لسلطتهما كمحكمين بأن حكما فيما ليس محلاً للنزاع، كما أن التحكيم كان له مفهومه لدى علي ﷺ وهو مفهوم يبدو أنه لم يكن متطابقا مع مفهوم الطرف الآخر أو مفهوم المحكمين له، وان التحرك في التصور من جانب أي باحث وافتراض أن الـرجلين قد حكما بأحد أمرين فإما أن يكون أولها الاقتصاص من قاتل عثمـان أو قتلتـه ﷺ وفق آلية يتفق عليها بين أطراف الخصومة، أو أن يكون الحكم بأن الأمر لا بد أن يتوقف وتركه ذلك أن المصالح التي يمكن جلبها بالاقتصاص مـن قتلتـه ﷺ لا تقارن مع المفاسد التي تترتب على ذلك، فيمكن للباحث أي باحث أن يتخيل ما يمكن أن يترتب على هذا الأمر من تحول تاريخي.

وأما قول البعض إن التحكيم لم يفض إلى شيء فيعتبر اكبر مغالطة ذلك أنه لولا هذه النتائج التي ترتبت على هذا (التحكيم) من عزل لأمير المؤمنين لما عبر علي ﷺ عن رفضه لنتائجه ولما استنفر الناس للقتال من جديـد لـولا أنـه شـغل بالخوارج فكان من أولوياته قتالهم قبل أن يستأنف القتال جهة الشام.[1]

2.3.1 أول واقعة كبرى للتحكيم المطلق في الإسلام وفقا لقواعد العدل والحق:[2]

إن اللجوء إلى التحكيم في الدولة الإسلامية كان يتسع نطاقـه ليـشمل كـل المنازعات، وان اللجوء إليه يعني اللجوء إلى تحكيم الشريعة، وبالتالي فإن سـؤالا

---

1 ابن كثير، البداية والنهاية، ص 1156

2 راجع الغتيت، علي الغتيت، ورقة بحثية بعنوان: (العدالة والإنصاف في التحكـيم بـين الـشريعة والقانون المقارن) منشورة ضمن كتاب بعنوان (التحكيم المطلق بين الـشريعة والقـانون)، ص 323، ط 1، سنة الطبع: (بدون)، وهذا الكتاب يتضمن ما طرح من أبحاث في المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون للعام 2000م، منشورات معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية فـي لبنان والتابع لجمعية الإصلاح الإسلامية، مطابع جمعية المقاصد الخيرية الإسـلامية فـي لبنـان، بيروت، لمزيد من الاطلاع على مفهوم التحكيم المطلق في الشريعة الإسلامية راجع ما نشر حـول أعمال مؤتمر طرابلس

يتبادر إلى الأذهان حول ما يمكن أن يكون الحكم بناء عليه في حال عدم وجود النص؟

فإن تمت الإشارة سابقا إلى أن كل ما هو عدل هو بالضرورة من الشريعة، فإن الأمر يتطلب أيضا الرجوع إلى النصوص القرآنية في هذا الخصوص لنجد أنها تشير إلى العدل والقسط على أساس أنها قيم مطلقة مستقرة في الضمير الإنساني، فإن كان من حكم محدد في الشرع بنص من القرآن أو السنة فذلك النص يمكن أن يطبق بعدل أو يطبق بغير عدل، فالأمر ليس بوجود النص المشير إلى ما هو عدل بل الأمر يتعدى إلى مسألة تتعلق بالعدل كعملية مطلقة لا تتعلق بالنص الواجب التطبيق بقدر ما تتعلق بمدى ما تعلّق بالنص ذاته من واقعة تحتاج إلى العدل في التعامل معها، ثم يأتي النص، وبعبارة أخرى فإن عدم وجود النص لا يعني أن نحكم بالهوى ولكن وفقا لما هو عدل، ثم يخطر سؤال آخر هل العدل قيمة مطلقة لدى بني البشر؟

يقول ا سبحانه وتعالى في محكم تنزيله **إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل إن الله نعما يعظكم به إن الله كان سميعا بصيرا [النساء، الآية: 58]**

وجوابا على ذلك فإن العدل في الإسلام مطلق يشمل المسلم وغير المسلم بل وشمل الأعداء[1]، قال تعالي **يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى واتقوا الله إن الله خبير بما تعملون) [المائدة، الآية: 8]**، ومن الآيات الأخرى التي دعت إلى العدل والقسط قوله تعالى: **وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط إن الله يحب المقسطين** 42 **[المائدة، الآية: 42].**

وكل هذه الآيات القرآنية تشير بوضوح إلى أن العدل قيمة مطلقة مستقرة في الضمير الإنساني، فإذا خلصنا إلى موضوع العدل أو قواعد العدل والإنصاف التي يمكن اللجوء إليها في أي تحكيم تطبيقا على موضوع النزاع وجدنا القيمة الحقيقية

1 الجهني، عيد بن مسعود الجهني، التحكيم التجاري الدولي، ص 41، ط 1، 2006م، منشورات مركز الخليج العربي لدراسات الطاقة، الرياض، القاهرة

لعبارة أن العدل قيمة مطلقة مستقرة في الضمير الإنساني بغض النظر عـن الـدين والايدولوجية السياسية أو المذهبية، لا يحيد عنها إلا من وصف بعدم الحياد.

إن التأصيل للحكم وفقا لما هو عدل في التاريخ الإسـلامي لـيس بالمـسألة العسيرة إذا ما تم الرجوع إلى أشهر واقعة تحكيمية في صـدر الإسـلام، وكانـت تحكيما في مسألة من مسائل القانون العام حسب التعبير الحديث، تنطوي فـي ذات الوقت على جريمة واقعة على امن الدولة، وهي الواقعة التحكيمية التي حكـم فيهـا سعد بن معاذ رضي ا عنه بين الرسول كممثل عن الأمة و يهود بنـي قريـضة كمواطنين في الدولة الإسلامية، وهي واقعة تم الحكم فيها تحكيما مطلقا وفقا لما هو عدل حيث حكّم فيهم سعد بأن يقتل محاربوهم وتسبى الذراري والنساء....الخ. [1]

إن التأصيل لهذه المسألة يقتضي التساؤل عن القانون المطبق على النـزاع، بعيدا عن تأييد الرسول لهذا الحكم وإقراره فيما بعد أنه حكم متوافق مع حكـم ا ، كما يتطلب الأمر إلقاء الضوء على طبيعة محل الواقعة التحكيمية وهي ما اسند لبني قريضة من انحيازهم إلى جانب الأعداء.

وهنا لا بد من الإشارة إلى أن الرسول ﷺ اعتبر في إعلانه يوم اسـتقر لـه الأمر في المدينة أن اليهود جزء من الأمة وذلك في إعلان دستوري مـن الطـراز الأول. [2]

---

1 ابن كثير، البداية والنهاية، ص574

2 العوا، محمد سليم، " في النظام السياسي للدولة الإسلامية"، ص 53.

وقد أورد نص الوثيقة واستخدم مصطلح دستور المدينة، وذلك في قراءة عصرية لهذه الوثيقة التي لا يمكن وصفها إلا بأنها دستور أو إعلان دستوري حضي بالموافقة من قبل كل المقصودين بها مـن امة كانت تقيم على إقليم معين ورضيت بسلطة سياسية معينة وحددت الحقوق والواجبات، وقد أورد (العوا) نص هذه الوثيقة في كتابه المذكور في ص 53 وما بعدها ومن مقتطفات هـذا الإعـلان الدستوري (هذا كتاب من محمد النبي، رسول ا ، بين المؤمنين والمسلمين مـن قـريش، وأهـل يثرب، ومن تبعهم فلحق بهم، وجاهد معهم. أنهم امة واحدة من دون الناس،....... وان من تبعنا من يهود له النصرة والأسوة غير مظلومين ولا متناصر عليهم،....... وأنكم مهما اختلفتم فيه مـن شيء، فان مرده إلى ا والى محمد، وان اليهود ينفقون مع المؤمنين ما داموا محاربين، وان يهود بني عوف أمة مع المؤمنين، لليهود دينهم، وللمسلمين دينهم ومواليهم وأنفسهم، إلا من ظلم وأثم، فإنه لا يوتغ إلا نفسه وأهل بيته ثم ذكر يهود بني النجار وبني الحارث وبني ساعده وبني جـشم وبنـي

ومن الملاحظ أن هذه الوثيقة الدستورية لم تحدد بشكل قاطع الجزاء المترتب علـى خرقها وذلك لتعدد ما قد يكون من صور لخرق ما جاء فيها بحيث لا يصلح جـزاء واحد لكل نوع من أنواع الخرق، وفي خيانة بني قريضة للمسلمين وتعاضدهم مـع من عاداهم في معركة الخندق كان الخرق لهذا الميثاق باعتبارهم مواطنين في الدولة وجزءا من الأمة وعليهم واجبات نصت عليها الوثيقة بشكل صريح، وبعد أن استتب الأمر للمسلمين بعد هزيمة الأحزاب، كان لا بد من محاكمة بني قريضة، وفي ذلك الوقت كانت السلطة القضائية بيد الرسول ﷺ، فلا يصح أن يكون حكما وخصما في نفس الوقت، فكان أن طلب بنفسه عليه صلوات ا وسلامه أن يتم التحكيم وأخـذ موافقة بني قريضة[1] على ذلك،[2] وتم الاتفاق أيضا على المحكّم، ولقـد كـان هـذا التحكيم – برأي الباحث - تحكيما مطلقا، لم يتم الاحتكام فيـه لقواعـد الـشريعة الإسلامية حيث لم يكن هناك قواعد موجودة لتطبيقها على الواقعة التحكيمية، فكـان

ثعلبه وان لهم ما ليهود بني عوف إلا من ظلم وإثم فإنه لا يوتغ إلا نفسه، وأهل بيته ثم ذكر عليـه الصلاة والسلام يهود الأوس وموالي ثعلبة كذلك وان بطانة يهود كأنفسهم، وان لا يخرج منهم احـد إلا بإذن محمد، وانه لا ينحجز على ثار جرح، وانه من فتك فبنفسه فتك وأهل بيته، وان ا علـى ابر هذا، وان على اليهود نفقتهم وعلى المسامين نفقتهم، وان بينهم النصر على من حارب أهل هذه الصحيفة، وان بينهم النصح والنصيحة، والبر دون الإثم، وانه لا يؤثم امرؤ بحليفـه، وان النـصر للمظلوم، وان اليهود ينفقون مع المؤمنين ما داموا محاربين،........ وانه لا يحول هذا الكتاب دون ظالم أو آثم، وانه من خرج آمن، بالمدينة، إلا من ظلم وأثم، وان ا جار لمن بر واتقى، ومحمـد رسول ا صلى ا عليه وسلم) ولقد فصل محمد سليم العوا أهم مبادئ هذه الصحيفة الدسـتورية مثل تحديد أسس المواطنة في الدولة، وتعيين شخص رئيس الدولة، وتقرير مبدأ العدل والمـساواة، وتقرير مبدأ الانضمام إلى هذه الوثيقة الدستورية بعد توقيعها، ومنع إبرام صلح منفرد مـع أعـداء الأمة، وتقرير مبدأ ممارسة الدولة الإسلامية لوظائفها.)

1 ابن كثير، البداية والنهاية، ص 574

2 والباحث لا يوافق من استدل على هذه الواقعة بالقول إن التحكـيم جـائز فيمـا يتعلـق بـالحروب والمعاهدات والعلاقات الدولية (انظر: السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص 41) علـى اعتبار أن هذا التحكيم لم يكن تحكيما في علاقة خارجية وإنما كان تحكيما فـي مجـال علاقـات القانون العام الداخلي

التحكيم وفقا لما هو عدل، ولا يقدح في هذا الرأي إقرار الرسول ﷺ بان الحكم كان موافقا لحكم ا الذي لم يكن بعد نزل على الواقعة.

إن وجهة النظر السابقة يؤيدها ما جاء في كتب الأصول بالقول:إن النبـي ﷺ حكّم سعد بن معاذ في بني قريضة ليحكم فيهم باجتهاده، بقتل رجالهم وسبي ذريتهم فأقره النبي ﷺ على اجتهاده. [1]

وما يشير بوضوح إلى ما ذهب إليه الباحث أن المحكّم المعـين مـن قبـل الأطراف وهو سعد بن معاذ رضي ا عنه لم يشرع في التحكيم إلا بعد أن تأكـد من احترام الأطراف لما سيصدره من حكم، حيث تثبت (سعد) سلفا من لزوم الحكم المحكوم به على هؤلاء وعلى النبي ذاته.[2]

وخلاصة القول في هذه الواقعة التحكيمية أن هناك حقائق جلية لا بد مـن الوقـوف عليها على النحو التالي:

1- أن هناك جريمة قد ارتكبت من قبل يهود بني قريضة ليس باعتبارهم أقليـة لا تتمتع بحقوق وواجبات المواطنة ولكن بصفتهم مواطنين بموجب إعلان دستوري مكتوب، لهم حقوق وعليهم واجبات أولها الولاء للدولـة التـي ينتمـون إليهـا بالمواطنة على الأقل بعدم الوقوف في أوقات الحرب إلى جانب أعدائها، وهو ما يصطلح عليه اليوم بجرائم الخيانة العظمى.

2- أنه وبناء على ما تم من خيانة من قبل اليهود ولكون السلطة القضائية في ذلـك الوقت كانت بيد الرسول ﷺ حيث حدود الدولة منحصرة في المدينة المنورة كان هناك إدراك بأنه لا يمكن محاكمة بني قريضة إلا محاكمة خاصة بحيث لا يكون الخصم حكما وخصما في آن واحد باعتبار أن الرسول ﷺ يمثل الأمة في اقتضاء حقها من بني قريضة وكانت السلطة القضائية بيده في ذات الوقـت، فكـان أن بادر بنفسه إلى طلب التحكيم.

---

1 الشثري، سعد بن ناصر الشثري، الأصول والفروع، ص 441، ط 1، 1426هـ / 2005م، دار كنوز اشبيليا، الرياض

2 ابن كثير، البداية والنهاية، ص 574 ومشار إليه لدى: الزحيلي، قضايا الفقه والفكر المعاصر، ص 728

3- أن طلب التحكيم وليس اقتياد اليهود إلى محكمة من قاضي أو قضاه كان لحكمة من رسول لا ينطق عن الهوى وقوله وفعله تشريع، حيث تزول أي شبهة حول إهدار الضمانات الأساسية للتقاضي وأهمها حياد القاضي وهذا التوجه من قبل الرسول ﷺ ما هو إلا تعبير عما قيل في عصرنا وتناوله فقه التحكيم بالنقاش وهو فكرة استقلال المحكم واستقلال مهمته، وهي الفكرة التي تعبر عن وضع المحكم بالنسبة لاتفاق التحكيم سواء من الناحية الشخصية أو من الناحية الموضوعية التي هي بكلمات أخرى (فكرة استقلال المحكم وحياده باعتبار المحكم من الاغيار المحايدين في المجال الإجرائي، أي باعتباره في مركز موضوعي وغير شخصي)،[1] لذا كان ما كان منه ﷺ في ترك الحرية كاملة لبني قريضة في اختيار محكّم من قبلهم وافق عليه الرسول.

4- يبقى السؤال الأهم وهو ما الذي طبق على موضوع النزاع خصوصا أننا أمام حالة خاصة تشير إلى أن الرسول كان مشرعا باعتباره يتلقى الوحي في كل الأمور ومنها الأمور التشريعية؟

يرى الباحث أن هذا التحكيم كان حالة خاصة بامتياز وكان لا بد فيها من الاحتكام إلى قواعد العدل حتى إذا طبقت هذه القواعد انتفت أي شبهة حول أن النص التشريعي الجزائي يمكن أن يطبق بأثر رجعي بينما يمكن أن تطبق نصوص غيره، خاصة أن بعض المسلمين من الأنصار طالب مساواة بني قريضة ببنيي قينقاع إذ عفي عنهم [2] خصوصا أن من المتفق عليه أن ما بدر من بني قريضة جريمة، ولكن لم تكن عقوبتها معروفة لعدم وجود النص ولعدم سبق الفصل في واقعة مشابه.

5- أن ما جرى في هذه الواقعة هو تحكيم استجمع كامل عناصر التحكيم فيما خلا كتابة وثيقة التحكيم حيث تم تحديد النزاع وتم التراضي على محكّم من قبل الطرفين وتم الاتفاق على القواعد المطبقة على الواقعة وهي قواعد العدل والإنصاف، وتم الاتفاق على أن يكون حكم المحكم منهيا للأمر غير قابل للنقض.

---

1 حشيش، احمد محمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، ص 48

2 ابن كثير، البداية والنهاية، ص 574

وكل ما سبق يشير بوضوح إلى أن ما جرى هو تحكيم وكان تحكيما مطلقـا وفـي مسألة من مسائل القانون العام حسب الاصطلاح الحديث.

الفصل الثاني
ماهية التحكيم وركنه وصفة عقده ونطاقه

1.2 طبيعة عقد التحكيم وركنه وصفة عقده:

أشار الباحث في الفصل التمهيدي من هذا البحث إلى تعريف التحكـيم لـدى فقهاء الشريعة وفقهاء القانون الوضعي، ومن تتبع التعريفات التي ذكرت في التحكيم يمكن القول أن العلة في اللجوء إلى التحكيم في الشريعة الإسلامية لا تختلـف عـن علتها في القوانين الوضعية فالغاية واحدة وهي الوصول إلى حكم[1] ملزم للمحتكمين في موضوع النزاع محل التحكيم.

وعليه ستتم مناقشة هذا الفصل في مطالب على النحو التالي:

1.1.2 الاجتهاد الجماعي الحديث للفقه الإسلامي حول مبدأ التحكيم:

على ما يبدو أنه وبعد مراجعات فقهية لفقه السلف فقد توصل مجمـع الفقـه الإسلامي إلى تحديد طبيعة التحكيم ومحله وأركانه وشروطه في قراره المتخذ فـي دورته التاسعة بالقول:

أولاً: التحكيم اتفاق طرفي خصومة معينة، على تولية من يفصل في منازعة بينهما، بحكم ملزم، يطبق الشريعة الإسلامية.

وهو مشروع سواء كان بين الأفراد أم في مجال المنازعات الدولية.

ثانياً: التحكيم عقد **غير لازم** لكل من الطرفين المحتكمين والحكم، فيجوز لكل مـن الطرفين الرجوع فيه ما لم يشرع الحكم في التحكيم، ويجوز للحكـم أن يعـزل

---

1 عرفت مجلة الأحكام في المادة 1785 الحكم بقولها (هو قطع الحاكم وفصله المخاصمة، وهو على قسمين، القسم الأول هو إلزام الحاكم المحكوم عليه بالمحكوم به كقوله حكمت أو أعط الشيء المدعى به عليك ويقال له قضاء الإلزام وقضاء الاستحقاق، والقسم الثاني هو مـع الحـاكم المـدعي مـن المنازعة كقوله ليس لك حق أو أنت ممنوع من المنازعة ويقال له قضاء التـرك) ولمزيـد مـن الاطلاع على شرح هذه المادة راجع: باز، سليم رستم باز، شرح المجلة، ص 1161، الطبعة 2، (طبعة مصححة ومزيدة)، ت (بدون)، منشورات دار الحلبي، لبنان.

نفسه – ولو بعد قبوله – ما دام لم يصدر حكمه، ولا يجوز له أن يستخلف غيره دون إذن الطرفين لأن الرضا مرتبط بشخصه.

ثالثا: لا يجوز التحكيم في كل ما هو حق تعالى كالحدود، ولا فيما استلزم الحكم فيه إثبات حكم أو نفيه بالنسبة لغير المحتكمين ممـن لا ولايـة للحكـم عليـه، كاللعان، لتعلق حق الولد به، ولا فيما ينفرد القضاء دون غيره بالنظر فيه.

فإذا قضى الحكم فيما لا يجوز فيه التحكيم فحكمه باطل ولا ينفذ.

رابعاً: يشترط في الحكم بحسب الأصل توافر شروط القضاء.

خامساً: الأصل أن يتم تنفيذ حكم المحكّم طواعية، فإن أبى أحد المحتكمين، عرض الأمر على القضاء لتنفيذه، وليس للقضاء نقضه، ما لم يكن جوراً بيناً، أو مخالفاً لحكم الشرع.

سادساً: إذا لم تكن هناك محاكم دولية إسلامية، يجوز احتكام الدول أو المؤسـسات الإسلامية إلى محاكم دولية غير إسلامية، توصلاً، لما هو جائز شرعاً)

وبقراءة نص القرار السابق يثور السؤال عن الغاية من التحكيم التي يتم بنـاء عليها معرفة مفهوم التحكيم وطبيعته، ذلك أن الغاية هي حجر الرحى في تحديد هذه الطبيعة.

كما أن القراءة المتفحصة للقرار لا بد وان تعطي صورة واضحة عن ماهيـة القرار نفسه هل هو اجتهاد جماعي أتى بجديد؟ أم أنه ترجيح لما رأى المجمع أنـه الأرجح في أقوال السلف؟ هل تم التخير من فقه السلف بما يتوافق مـع معطيـات العصر، أم تم الاختيار من آراء السلف على ما قال به الأغلبية في موضوع التحكيم وعدم لزوم عقده؟ وهو ما كان يعبر عنه في فقه السلف بالقول: "وصفته قبل الحكـم الجواز وبعده اللزوم"[1]

وللإجابة على هذه الأسئلة فيبدو من القرار المشار إليه أن المجمع توصل إلى ما يلي:

---

1 ابن نجيم، البحر الرائق، جـ 8، ص 27

أولا: أن الهدف من التحكيم هو الوصول إلى حكم[1] ملزم للأطراف.

وبذلك يكون المجمع قد حسم كل ما قيل من مراجعات بعض الشراح بـالقول: أن آراء الفقهاء المسلمين قد اختلفت عن بعضها فـي مـسألة التحكـيم وان هنـاك نظريتان للفقه الإسلامي في موضوع التحكيم الأولى تقول إن التحكيم صلح يلزم أن تتوافق إرادة الخصوم على قبوله بعد النطق به من قبل الحكم، والثانية ترى أنه حكم المحكم ملزم.[2]

ومن هنا تتجلى ذاتية التحكيم في الشريعة وفي القوانين الوضعية في كونهـا عملية الهدف منها هو الوصول إلى حكم ملزم[3] لأن الفقه الإسلامي الحديث قد قطع بان الهدف من التحكيم هو الوصول إلى حكم يقطع النزاع، بغض النظر عن الموقف من لزوم عقد التحكيم ذاته من عدم لزومه وهذا ما سيأتي عليه الباحث تباعـا فـي ثنايا هذا البحث.

ثانيا: شروط التحكيم وركنه وصفة عقده.[4]

---

1 جاء في دليل السالك لمذهب مالك في تعريف القضاء:" القضاء حكم حاكم أو محكّم بأمر ثابت عنده ليرتب على ما ثبت عنده مقتضاه وهو فرض كفاية وقد يتعـين. والحكـم الإعـلام علـى وجـه الإلزام..... "راجع في ذلك: سعد، محمد محمد سعد، دليل السالك لمذهب مالك، ص 135، طبعـة دار الندوة

2 الأحدب، عبد الحميد الأحدب، التحكيم أحكامة ومـصادرة ج 1، ص 61 -62، إصـدارات دار نوفل، 1990م، ببيروت.

وقد أشار الأحدب إلى هذين الاتجاهين في الفقه الإسلامي.

3 وهنا يجب التمييز بين عقد التحكيم أي الاتفاق على التحكيم ومدى لزومه لأطرافه فـي رأي الفقـه الإسلامي القديم والحديث، وبين لزوم الحكم الصادر نتيجة ممارسة العملية التحكيمية وهو موضوع سيتم مناقشته لاحقا، فعقد التحكيم وكونه عقدا لازما أو غير لازم ومتى يكون لازما لمن قال بكونـه غير لازم كانت محل خلاف في آراء فقهاء الشريعة وكان لهذا الخلاف صداه في الفقه الإسـلامي حديثا

4 لم أشأ كباحث أن أتطرق إلى بقية أركان التعاقد كالأهلية مثلا وتم التركيز على الركن الأساسي فـي التحكيم وهو الإيجاب والقبول لان مسألة الأهلية تتطلب مناقشة أهلية المحكم وهي تتعلـق بـشروط المحكم وفيها فصل خاص، وأما أهلية المتعاقدين فالدخول فيها لن يضيف شيئا إلى هذا البحث

من خلال استقراء قرار مجمع الفقه الإسلامي فيبدو أن مراجعاته الفقهية قـد أوضحت شروط التحكيم وأركانه بحيث يمكن الاستنتاج من ظاهر نص القرار أنـه يشترط في التحكيم التالي:

1- **قيام نزاع أو خصومة حول حق من الحقـوق**[1]، وبذلك استبعد من قرار المجمع الحديث عن **شرط التحكيم** الذي يوضع في التعاقدات المعاصرة لمواجهة احتمال قيام نزاع في المستقبل، ويبدو ذلك متعلقا بعدم جواز تعليق التحكيم وإضـافته [2] عند الفقه الإسلامي، كما أنه يتعلق بالتولية، إذ لا تولية لمجهول وسيأتي الحديث مفصلا عن هذين الأمرين.

2- **التعاقد على التحكيم له مرحلتان حتى يكتمل ركنه وذلك على النحو التالي:**

تراضي طرفي الخصومة فيما بينهما على قبول حكم المحكم [3] الذي تراضـيا عليه والذي يجب أن يكون معلوما كما أشير آنفا

الاتفاق بين المتخاصمين والمحكم على قبول مهمة التحكيم. [4]

---

1 وزارة الاوقاف، الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 10، ص 241

2 الشيخ نظام وآخرون،الفتاوى الهندية، جـ 3، ص 398، طـ 2، 1310هـ، المطبعـة الأميريـة ببولاق بمصر

جاء في الشيخ نظلم وآخرون، الفتاوى الهندية " قال أبو يوسف رحمه ا لا يجـوز التحكـيم معلقـا بالأخطار ولا مضافا إلى وقت في المستقبل، وقال محمد رحمه ا تعلى (أي محمد بن الحـسن) يصح (أي يصح التعليق والإضافة) وفي الفتاوى العتابية لا يصح وعليه الفتوى كذا في التتارخانية * صورة التعليق إذا قالا للعبد إذا أعتقت فاحكم بيننا أو قالا للرجل إذا أهل الهلال فـاحكم بينـنـا، وصورة الإضافة إذا قالا للرجل لرجل جعلناك حكما رأس الشهر) راجع في ذلك

3 ابن قدامة، موفق الدين عبد ا بن قدامه المقدسي (ابن قدامه)، الكافي في فقه احمد ابـن حنبـل، جـ 4، ص 224، ط 1، 1414هـ /1994م، دار الكتب العلمية، بيروت

يفهم ما تم الإشارة إليه من كتب الفقه، فقد جاء في الكافي لابن قدامه (فإذا تحاكم رجلان إلـى مـن يصلح لقضاء، فحكماه ليحكم بينهما جاز لما روي عن أبي شريح انه قال: يا رسول ا إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم، فرضي علي الفريقان فقال صلى ا عليه وسلم " ما أحـسن هذا " ولان عمر وأبيا رضي ا عنهما، تحاكما إلى زيد بن ثابت. وتحاكم عثمان وطلحة، إلى جبير بن مطعم. فإذا حكم بينهما، لزم حكمه، لان من جاز حكمه، لزم، كقاضي)

4 فلو حكما رجلا فلم يقبل لا يجوز حكمه إلا بتجديد التحكيم – انظر، ابن نجيم، البحر الرائق، جـ 7، ص 27.

ومجمل هذين الاتفاقين يشكل ركن التحكيم الذي هو لفظه الدال عليه مع قبول الآخر له[1] [2] وبذلك يكون المحكم وفق قرار المجمع و بناء على ما هو مستقر لـدى فقـه السلف قد دخل كعنصر أساسي في العملية التحكيمية، فإذا مات أو فقـد أهليتـه أو عزل نفسه (على الاختلاف بين الفقهاء في مسألة العزل) [3] فإن العمليـة التحكيميـة ستنهار

3- المحكم ركن في العقد والمحكم غير صالح إلا بشروط.

بما أن مجمع الفقه الإسلامي جعل المحكم عنصرا في ركن العقـد وإلا فـلا تحكيم فيظهر من خلال قراره أن هذا العنصر واعني (المحكم) لا بـد فيـه مـن شروط وهي:

أ) أن يكون معلوما[4] وأنه في التأصيل يمكن أن نلمح رأيا في شـرح مجلـة الأحكام مفاده أنه إذا كان المحكّمون أكثر من اثنين وكانوا ثلاثة أو أربعة، وإذن المتخاصمان بالحكم بأكثرية الآراء، فالظاهر في الشرع هو أنه لمـا كان يلزم أن يكون المحكّمون معلومين..... وكان في هذه الصورة مجهولا من يشكل الأكثرية منهم، فإن ذلك يعني عدم صحة الحكم.[5]

---

1 وزارة الاوقاف، الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 10، ص 241

2 واللفظ الدال على قبول الآخر أي الحكم قد يظهر صراحة كما لو قال الخصمان حكمناك بيننـا، أو قال لهما أحكم بينكما فقبلا. وقد يظهر دلالة.... فلو اصطلح الخصمان على رجل بينهما، ولم يعلماه بذلك ولكنهما اختصما إليه، فحكم بينهما جاز وان لم يقبل الحكم، لم يجز حكمه ألا بتجديد التحكـيم، راجع: وزارة الاوقاف، الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 10، ص 241 وكذلك، حاشية ابن عابدين، جـ 8، ص 127.

3 سيأتي الباحث على موضوع عزل الحكم لنفسه في الفصل الخاص بالمحكّم وهي مسالة حسمها قرار مجمع الفقه الإسلامي بإعطاء الحكم الحق في عزل نفسه

4 حاشية ابن عابدين، جـ 8، ص 127.

وجاء في الشيخ نظام وآخرون، الفتاوى الهندية، جـ 3، ص 398 " وإذا اصطلحا علـى أن يحكـم بينهما أول من يدخل المسجد فذلك باطل " وكذلك انظر:وزارة الاوقاف، الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 10، ص 237

5 علي حيدر، شرح المجلة، المجلد الرابع، ص 643.

ب) وان يكون المحكم بحسب الأصل ممن تتوفر فيه شروط القضاء [1] في تأثر بفقه السلف. [2]

4- التحكيم (عقد) غير لازم.

يبدو مجمع الفقه الإسلامي من خلال قراره بشان التحكيم تماما كفريق مـن الجراحين وجد نفسه أمام توأم ملتصق لا بد لهما من الفصل كي يخرج كل منهمـا وقد استقل بكيانه.

والقصد أن المجمع وجد نفسه أمام إرث فقهي يشير إلى أن العملية التحكيمية عملية تتم من خلال عقدين في عقد واحد (إن صح التعبيـر) [3] فالعقـد الأول هـو الاتفاق بين الخصمين على التحكيم، والعقد الثاني بين الخصمين من جهة والمحكـم من جهة أخرى، حيث له أن يقبل التحكيم أو يرفضه، فلا العقد الأول هو بعقد إلا إذا تم العقد الثاني، وذلك لاعتبارات تتعلق بضرورة أن يكون المحكم معلوما والنـزاع قائما.

وتبدو مسألة فك الارتباط بين عناصر هذا الكيان المتعلق باتفـاق الأطـراف على التحكيم وتمام ركن التحكيم بالاتفاق مع المحكم عملية يصعب حلحلة عناصرها باتجاه الاعتراف بالشرط التحكيمي دون الاستعانة بما شهده الفقـه الإسـلامي مـن تطور بالنسبة لمفهوم الشروط بشكل عام، كل ذلك مع الأخـذ بعـين الاعتبـار أن التخلص من مسألة إسقاط أحكام تولية القاضي وتطبيقها بكل عناصرها أو بعـضها على ما يكون من تولية للمحكم ربما تكون من أهم الأمور التي لم يـستطع مجمـع الفقه الإسلامي التعامل معها.

---

1 وذلك باتفاق المذاهب الأربعة على الاختلاف فيما بينها على تحديد عناصر هذه الأهليـة وهـو مـا سنتطرق إليه في الفصل الخاص بالمحكم، راجع الأهلية المطلوبة في المحكم لدى:وزارة الاوقـاف، الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 10، ص 237.

2 وهذه الشروط سيأتي الباحث على مناقشتها في الفصل الخاص بالمحكم

3 من الذين أشاروا إلى هذه المسالة: العوا، عقد التحكيم في الشريعة والقانون، ص 243. حيث تقول انه عقد مركب

فبالنسبة لمفهوم الشرط نجد من الفقه المعاصر من المدرسة الحنبلية من يشير إلى شرط التحكيم بقولة جوابا على السؤال المتعلق بجواز شرط التحكيم قبـل قيـام النزاع؟:(لم أقف على من ذكره من الفقهـاء ولكننـي أرى صـحته وأورد مـن المبررات والحجج ما يشير إلى صحة ما يقول به من اتجاه، على اعتبار أن الأصل في العقود والشروط الصحة ما لم تشتمل على ما ينافي مقصود العقد أو على غرر، أو ربا، أو ضرر عام، أو نحو ذلك.... يقول تعالى: **يا أيها الذين آمنـوا أوفـوا بالعقود 1 [المائدة، الآية: 1]** ويقول ﷺ ((المسلمون عند شـروطهم))... وهـذا الشرط لم يشتمل على حاظر من ذلك، لأن جهالة النزاع أو الحكم مغتفر جنسه فـي الشرع كما في القضاء، فالغرر مغتفر في القضاء، فلا يشترط فيه معرفة القاضـي، ولا الواقعة المتنازع فيها، [1] ثم يؤصل لذلك برأي لابن العربي يقول فيـه " وبـاب القضاء مبني على الغرر كله، وليس يلزم فيه معرفة المحكوم عليه بما يؤول إليـه الحكم"[2] انتهى

إن الاتجاه القديم في الفقه الإسلامي لم يكن على نسق واحد كما سيتضح فيما بعد، بل أنه شهد تطورا باتجاه التوسع في مسألة الشروط عامة، إلا أن مجمع الفقـه الإسلامي قد حاكى قديم هذا الفقه ولم يحاكي ما طرأ من تطور وتجديد لحق به فـي القرن السابع الهجري وخاصة تطور مفهوم الشرط لدى الحنابلة حيث أجازوا كـل شرط يشترطه أحد المتعاقدين إلا في حالتين:الحالة الأولى: أن يكون مخالفا لمقتضى العقد أو الغرض منه والحالة الثانية: أن يكون الشرط مخالفا لحكم ا ورسوله.[3]

---

1 آل خنين، التحكيم في الشريعة....، ص 103- 104

2 وللاطلاع على مقولة ابن العربي راجع: ابن العربي، أبي بكر محمد ابن عبد ا المعـروف بـابن العربي، أحكام القران، مجلد 1، ص 544، الطبعة الجديدة المزيدة بالشرح والضبط والتحقيق، دار الكتب العلمية، بيروت،.

وللباحث تعليق على بعض المبررات التي سيقت من قبل هذا الرأي للتدليل علـى مـشروعية شـرط التحكيم حيث سيتم التطرق لهذا في موضعه

3 الحسيني، هاشم معروف الحسيني، نظرية العقد فـي الفقـه الجعفـري، ص 425 إلـى ص 447، 1416هـ / 1996م، دار التعارف للمطبوعات، بيروت

إن ما تم الإشارة إليه آنفا حول شرط التحكيم يغري بمناقشة هذا الأمر وفق رؤيـة حديثة

2.1.2 اتفاق التحكيم برؤية حديثة:

إذا ما نظرنا إلى اتفاق التحكيم فيما بين الخصمين وتساءلنا عن محله حـسب الظاهر لوجدنا أن المحل هو عرض النزاع القائم على التحكيم، وأما باعثه الأساسي فهو الوصول إلى حكم ملزم، وأما مسألة من يحكّم فهذه من مقتضيات العقد وهي من مقتضياته على أساس الاتفاق على محكم يصلح للقضاء ليحكم في النزاع.

وعليه فإن الاتفاق إن تم النظر إليه بشكل مستقل عن الاتفاق مع المحكم نجده عقدا له كينونته وآثاره بحيث إذا أخل أحد الأطراف بالالتزام الذي فرضه على نفسه باللجوء إلى التحكيم كان من حق الطرف الآخر اللجوء إلى القضاء لإجبـاره علـى تعيين محكم أو محكمين أو جعل المحكمة تقوم بهذا الدور.[1]

وأما الاتفاق مع المحكم على التولية واعتبار أن المحكم في علاقته مع مـن عينوه هي تماما كعلاقة القاضي بالسلطان الذي عينه حيث يكون للأخير عزله على

... حيث ناقش هذا الموضوع في فصل الشروط والمذاهب الأربعـة. ص 447- 425 وذكـر فـي الصفحة 451 ما نصه:" أن ابن تيمية من فقهاء الحنابلة يبدو وكأنه أوسع صدرا فيما يتعلق بالشروط من شيوخه الحنابلة، ويقترب من الجعفريين في هذه المسألة، حيث انه يصحح كل شرط لا ينـاقض حكم ا ورسوله ولا يتعارض مع مقصود العاقدين، واستدل على ذلك بقول الرسول (ص):المسلون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا، وبقوله تعالى ((يا أيها الـذين آمنـوا أوفـوا بالعقود)) وأضاف إلى ذلك أن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم ويبطل منها إلا ما دل على تحريمه نص أو قياس، ومع الشك في بطلان الشرط وعدمه يتعـين الرجـوع إلـى أصالة عدم التحريم " ويعلق الحسيني على ذلك قائلا:" على أن ما يلتزمه الإنسان راضيا مختارا قد تضافرت الملل والنحل على الوفاء به، ودل عليه القران الكريم والسنة النبوية "

1 ولنا أن نتخيل بساطة التعاملات قبل عشرات القرون، هل يمكن أن نتصور أن يتكبد احدهم العنـاء ليذهب إلى القضاء في طالبا إجبار احدهم على ما التزم به بخصوص إحالة النزاع إلى التحكيم عن طريق حكم صالح للقضاء في الوقت الذي يمكن لهذا القضاء أن يفصل في دعواه الأصلية في جلسة واحدة

الاختلاف بين الفقهاء حول توقيت عزله [1] فهي وان كانت في رأي معظم الفقه تمثلا لما هو حق للوالي بعزل من ولاه إلا أن الفقه الإسلامي منه من اتخذ مـن العـزل أقصى اليمين ومنهم من اتخذ أقصى الشمال بحيث قام بعضهم بمنع عزلـه بمجـرد تعيينه وبعضهم وصل به الأمر إلى السماح بعزله حتـى لـو بعـد سـماع البينـة والاستعداد للحكم [2] ثم ورغم أن الواقع يشير إلى أننا أمام عمليتين تعاقديتين إلا أنـه يبدو وفقا لفقه السلف كان اسم المحكم هو السبب الدافع إلى التحكيم، بحيـث لـولا وجود شخص بعينه لما تم الاتفاق على التحكيم، حتى أنه يمكن القول إن أحـد أهـم الدوافع إلى التحكيم هو وجود محكم بعينه.

وهذا الأمر الذي أشير إليه لا اعتقد كباحث وفقا لحاضرنا أنه يمكـن يكـون موجودا، ذلك أن الدافع إلى التحكيم في العصر الحاضر وان كان يشترك في بعض مبرراته مع العصور المتقدمة إلا أنه لا يشترك معها في مسألة وضع اعتبار لوجود محكم بعينه معروف بشخصه، بقدر ما أن الدافع هو السرعة في البت في النزاع في نزاعات تحتاج إلى خبرة تخصصية يستطيع أن يقدر وجودها صاحب العلاقة، حيث بات التحكيم ليس فقط بالاعتماد على أفراد بعينهم يتم اللجوء إليهم مباشرة بل تطور الأمر إلى ما يسمى بالتحكيم المؤسسي، حيث المحافظة على السمعة والمصداقية هي من أولى أوليات مثل هكذا تحكيم، وهذه الخبرة التخصصية هي إحدى أهم المغريات الدافعة إلى التحكيم، كل ذلك بالإضافة إلى المبررات الأخرى والمحاذير التي هـي هاجس كل أطراف التحكيم وخاصة في العلاقات المتعددة الجنسيات، مما يغدو معه التمسك بالأشكال الكلاسيكية للتحكيم وفقا لفقه السلف بحيث يربط مـصير التحكـيم بشخص المحكم مع عدم إمكانية وجود التحكيم في هيئة شرط هو قـولا واحـدا لا يناسب معطيات الحاضر كما أنه لا يتوافق مع ما شهده الفقه الإسلامي من تطـور، بحيث لم يعد من المعقول القول إن عزل المحكم يعني رجوعا عن التحكيم كمـا أن من غير المعقول أن يتم إقحام المحكم كعنصر في ركن العقد بحيث لا يمكن الحديث إلا عن اتفاق تحكيم يفترض وجود نزاع قائم ومحكم متفق عليه، حتى إذا عزل عن

---

1 مشار إليه في الفصل الخاص بالمحكم

2 مشار إليه في الفصل الخاص بالمحكم

ولايته الخاصة قيل إن ذلك بسبب أن عقد التحكيم غير لازم، أو بحسب تعبير فقه السلف "الصفة الجوازية للتحكيم قبل الحكم واللزوم بعد الحكم"[1].

ولذا فإن السؤال المطروح في مواجهة الاجتهاد الجماعي لمجمع الفقه الإسلامي هو:

هل يعتبر شرط التحكيم الوارد في العلاقة الأصلية بمثابة اتفاق على التحكيم؟ أم أنه شرط واقف يرتب التزاما على طرفي العلاقة الأصلية يجبرهما على إبرام اتفاق التحكيم في حال تحقق السبب وهو نشوب النزاع ؟

إن الخوض في هذه المسألة لا يتطلب تأصيلا مجردا ومن ثم ترجيحا لهذا الرأي أو ذاك دون الوصول إلى الغاية المنشودة وفقا لمنهج البحث.

ويمكن القول أنه لا يمكن اعتبار الشرط الوارد في العلاقة الأصلية بمثابة اتفاق تحكيم[2] له كينونته الخاصة بعيدا عن العلاقة الأصلية، وإنما هو شرط واقف على تحقق واقعة النزاع، فإذا ما تحقق السبب المجري لإعمال شرط التحكيم[3] وجب فيما بعد على الطرفين اللجوء إلى التحكيم.

وأما التأصيل لهذه المسألة وما يمكن أن يثيره من جدل فإن الأمر وان كان من حيث المبدأ يتعلق بوجوب أن يكون المحكم معلوما عند الاتفاق أم لا، إلا أن الأمر من وجهة أخرى وفقا لفقه السلف يتعلق بأمر آخر لا يقل عنه أهمية وهو

---

1 ابن نجيم، البحر الرائق، جـ 7، ص 27

2 استقلال شرط التحكيم سيكون محلا للنقاش في موضعه لاحقا.

3 وفي معرض تعليقه على شرط التحكيم كشرط في العقد يقول عبد ا آل خنين انه لم يقف على من ذكره من الفقهاء ولكنني أرى صحته وأورد – وبحق - من المبررات والحجج ما يشير إلى صحة ما يقول به من اتجاه على اعتبار أن الأصل في العقود والشروط الصحة ما لم تشتم على ما ينافي مقصود العقد أو على غرر، أو ربا، أو ضرر عام، أو نحو ذلك.... يقول تعالى ((يا أيها الذين امنوا أوفوا بالعقود (سورة المائدة – آية رقم 1) ويقول صلى ا عليه وسلم ((المسلمون عند شروطهم))...... وهذا الشرط لم يشتمل على حاظر من ذلك، لان جهالة النزاع أو الحكم مغتفر جنسه في الشرع كما في القضاء، فالغرر مغتفر في القضاء، فلا يشترط فيه معرفة القاضي، ولا الواقعة المتنازع فيها، ثم يوصل لذلك برأي لابن العربي (ت:سنة 542هـ)... ثم يضيف، كما أن تعليق التحكيم على حصول النزاع صحيح مشيرا إلى ما تم تأصيله في كتابه... راجع في ذلك: آل خنين، التحكيم في الشريعة...، ص 103- 104 مع هوامشهما.

جواز أو عدم جواز تعليق التحكيم على حصول النزاع وهذا ما سيأتي عليه الباحث في المطلب التالي.

3.1.2 فقه السلف بين الاعتراف بالشروط عموما وعدم الاعتراف بها:

إن الفقه الإسلامي وخاصة فقه المتقدمين كانت لديه حساسية من مسألة الشروط عموما[1] فإذا تم النظر إلى التحكيم وقيوده وفقا لفقه السلف فإنه يمكن الاستنتاج أن الفقه الإسلامي لم يعرف مسألة شرط التحكيم بل كان يعرف اتفاق التحكيم، مما جعل هذا الأمر غير ذي أهمية لدى فقهاء المسلمين على اعتبار أن جمهور الفقهاء يعتبرون الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم دون أن يكون المحكم معينا أمرا غير جائز، خصوصا أن هذا الأمر تضافر عندهم مع ما أشار إليه الباحث من حساسية من الشروط عموما، كل ذلك على اعتبار عدم وجود مسوغ من واقع الحياة الاقتصادية والاجتماعية والواقع القضائي بشكل يوحي بضرورة لمثل هذا الشرط.

فكان ما كان من اشتراطهم في المحكم أن يكون معلوما، بحيث لو اصطلح الطرفان على أن يحكم بينهما أول من يدخل المسجد فذلك باطل، ولم يجز هذا الأمر إجماعا، لأن الجهالة هاهنا أبين واظهر.[2]

---

1 حيث استدل البعض من الفقه في منع الشروط بحديث عائشة رضي ا عنها عن الرسول صلى ا عليه وسلم انه قال " من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد " واستدلوا بما جاء عن الرسول صلى ا عليه وسلم انه قال:" ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب ا ، ما كان من شرط ليس في كتاب ا فهو باطل، وان كان مائة شرط، قضاء ا أحق وشرطه أوثق، والولاء لمن اعتق. راجع في ذلك: الحسيني،نظرية العقد في الفقه الجعفري، ص 448.

على أن الباحث يرى أن قراءة مضمون الحديث تشير إلى الشروط المخالفة للنظام العام الإسلامي أو المخالفة لمقتضى العقد كما يقول ابن تيمية

2 آل خنين، التحكيم في الشريعة...، ص 100- 101. حيث أشار إلى رأي المالكية والشافعية والحنابلة عن وجوب أن يكون الحكم معلوما ثم أشار إلى جواز الاتفاق على التحكيم بين الخصمين من غير تعيين الحكم ليعينه، ويبدو أن ما أشار إليه نجد صداه في نظام التحكيم السعودي على ما سنرى.

هذا الإجماع من قبل الفقه الإسلامي القديم على وجوب أن يكون الحكم معينا هو برأي الباحث السبب في عدم معرفة الفقه الإسلامي لشرط التحكيم.

ومع وجود هذا الإجماع السابق حول وجوب أن يكون المحكم معلوما من قبل الخصمين إلا أن ابن العربي أجاز هذا الأمر بقوله:« وباب القضاء مبني على الغرر كله، وليس يلزم فيه معرفة المحكوم عليه بما يؤول إليه الحكم »[1]

وكل ما أشير إليه يعني بالضرورة أن إجماع فقه السلف فيما عدا ما ذكر عن ابن العربي يعتبر تسمية المحكم ركنا في اتفاق التحكيم، وان شرط التحكيم لم يكـن محل اهتمامهم لما سبق وسيق في معرض التحليل السابق.

وعليه فإنه ووفقا لما لحق بالفقه الإسلامي من تطـور باتجـاه التوسـع فـي الشروط، وبالتوفيق مع ما قاله ابن العربي فيما ذكر آنفا، وقول بعض رجال الفقـه الاسلامي المعاصر من أنه يجوز أن يتفق على التحكيم من خلال شرط، فإنه والحالة هذه لا يمكن القول إن شرط التحكيم هو عقد داخل العقد الأصلي، بل يبقى شـرطا واقفا – هكذا يفهم من كلام بعض الفقه الاسلامي المعاصر- أما إذا سمي المحكّم في صلب العقد فيعامل الشرط ككل متكامل بحيث لو نشب النزاع وكان المحكم قد مات أو فقد أهليته للتحكيم سقط الشرط ما لم يتفق على غير ذلك، بمعنى أن شرط التحكيم يبقى شرطا ملزما، ما لم يكن لاسم المحكم اعتبار في الشرط بحيث إذا مات المحكم مثلا سقط الشرط.

وتكملة لما سبق لا بد من التطرق إلى أمرين كانا العلة في موقف رجال فقه السلف من شرط التحكيم وعدم وجوده لديهم،وهما تعليق التحكيم وإضافته، حيث كان لهما الأثر على ما يبدو في قرار مجمع الفقه الإسلامي بخصوص التحكـيم، ولـذا يحسن التعريج على الموقف القديم لفقه السلف وعلته وموقف مجمع الفقه الاسلامي باعتباره متأثرا به وذلك على النحو التالي:

أولا: تعليق التحكيم وإضافته:

فتعليق التحكيم بالشرط كان محل خلاف بين السلف مـن فقهـاء الـشريعة الإسلامية، وتعليق التحكيم بالشرط (مثل قول الخصمين لرجل إذا قدمت من بغـداد

---

1 مشار إليه سابقا لدى تناول رأي آل خنين في الموضوع وتعليقه على مقولة ابن العربي

فاحكم بيننا) وما كان من أمر تعليق التحكيم بالشرط ينسحب على إضافة التحكيم إلى وقت كما لو قالا لرجل جعلناك حكما غدا أو قالا رأس الشهر، فقد كان أيضا محـل خلاف فقهاء الشريعة الإسلامية[1] بين مجيز ومانع.

والقصد ليس الإشارة المجردة إلى هذا الخلاف للإشارة فقط، ولكن للاستدلال به على ما كان من – رأي للباحث – حول شرط التحكيم، بحيث لـو كـان شـرط التحكيم عند فقهاء الشريعة اتفاقا مستقلا دون تسمية المحكم لما تطرقوا في كل مـا طرحوه من أمثلة إلى شخص المحكم وأنه بالضرورة لا بد معلوم من قبل أطـراف الخصومة عند الاتفاق على التحكيم.

ثانيا: الاجتهاد الفقهي الحديث، ممثلا بقرار مجمع الفقه الإسـلامي فيمـا يتعلـق بالتحكيم.

ففي الفقرة الأولى من القرار تم تعريف التحكيم بأنه (اتفـاق بـين طرفـي خصومة معينة على تولية من يفصل في منازعة بحكـم ملـزم يطبـق الـشريعة الإسلامية وهو مشروع، سواء كان بين الأفراد أم في مجال المنازعات الدولية) ومن خلال هذا الاجتهاد الجماعي[2] يمكن التوصل إلى ما يلي:

1) أن القرار لم يشر من قريب أو بعيد إلى شرط التحكيم الذي يمكن أن يرد في أي علاقة قانونية بين طرفين كشرط تراضى عليه طرفا تلك العلاقة بالنسبة للجوء إلى التحكيم في حال وقوع نزاع محتمل، ويمكن الاسـتنتاج أن مجمـع الفقـه الإسلامي ترك الأمر إلى القواعد العامة في الفقه الإسـلامي بالنـسبة للـشرط عموما، ولكن يبقى ترك المجمع لشرط التحكيم كشرط مسمى بعينه دون ذكـر يثير علامات استفهام في ظل اختلاف الآراء الفقهية حول وجـوب أن يكـون

---

1 منع التعليق على الشرط وإضافته هو قول أبو يوسف من الحنفية خلافا لما قال به محمد بن الحسن من الحنفية إلا أن الفتوى لدى الحنفية هي على قول أبي يوسف - راجـع فـي كـل ذلـك:وزارة الاوقاف، الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 10، ص 442

2 وهذا التعريف برأي الباحث لا يتعدى تقليدا لفقهاء الشريعة الإسلامية – ولا اختلاف اللهم فيما خـلا التأكيد على أن القانون المطبق هو أحكام الشريعة وهذا أمر طبيعي بالنسبة للسلف لأنه من الأمـور المعلومة بالضرورة وذكرها لديهم لم يكن له موجب

المحكم معينا، وكان الأولى بالمجمع أن يتصدى لشرط التحكيم بشكل واضح ويرتب عليه آثاره المعتبرة شرعا.

خصوصا أن هناك من الفقه القديم والحديث من يرى أن لا إشكال في الالتزام بشرط التحكيم[1]

2) أن القرار أشار فقط إلى الاتفاق على التحكيم الذي يحوي في ثناياه اسم المحكم أو المحكمين، وظاهر النص المتمثل في عبارة على (تولية من يفصل في منازعة بينهما) يشير إلى أن (من) عائدة على معلوم باسمه، وهذا يمكن فهمه من السياق وفي هذا تأثر واضح بالفقه الإسلامي من وجوب أن يكون الحكم أو المحكم معلوما.[2]

3) أن القرار يفترض أن الاتفاق على التحكيم لا بد وان يسبقه لزاما خصومة قائمة وهذا يدفع إلى القول أن شرط التحكيم المجرد من دون تسمية المحكم تحرزا لمنازعة محتملة لم تعرف في الفقه الإسلامي قديما، ولم تكن محل اهتمام لدى مجمع الفقه الإسلامي حديثا، هذا مع اختلاف الدافع لدى الفقهين، فدافع فقه السلف لهذا الأمر أنه لم يكن يحصل في الحياة العملية اشتراط التحكيم في منازعة لم تحصل بعد، وكان التحكيم دائما في منازعات قائمة ربما يكون اغلبها غير عقدية، أضف إلى ذلك أن نطاق التحكيم وما يمكن أن يكون محلا له لم تتضح معالمه وكان محل خلاف، إلى أن وصلنا إلى مجلة الأحكام العدلية كأول تقنين للفقه الإسلامي، وعليه كان الرأي وجيها لديهم أن يكون من عناصر الاتفاق على التحكيم تسمية المحكم باعتباره ركنا في الاتفاق التحكيمي وأما حديثهم عن الغرر في عدم تعيين المحكم والاحتكام إلى مجهول فذاك لأن محور

---

1 آل خنين، التحكيم في الشريعة...، ص 102 ويستدل في ترجيحه على أن قريشا جعلت أول من يطلع من الفج حكما فكان أن تم التحكيم للرسول صلى ا عليه وسلم، ويقول: ولا يقدح في ذلك القول إن الأصل عدم الاقتداء به فيما جاء عنه قبل البعثة، ذاك انه صلى ا عليه وسلم كان مصونا عما يستقبح قبل النبوة وبعدها.... وان ما نقل عنه قبل البعثة فيما ظهر حسنه ولم يخالف أصلا شرعيا يمكن أن يكون موضع اقتداء واستئناس في الاحتجاج.

2 ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، جـ 8، 127. وكذلك: وزارة الاوقاف، الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 10، ص 237

حديثهم كان بخصوص تحكيم في خصومة قائمة، فكان من الطبيعي أن يشار إلى ضرورة تسمية المحكم باعتبار مهمته من باب تولية القضاء ولا تولية لمجهـول مع اقتران بفكرة عدم تولية في محل نزاع مجهول، وذلك على الخـلاف بـين المتقدمين منهم والمتأخرين، كما أشار الباحث آنفا.

وأما قرار مجمع الفقه الإسلامي فلم يساير التطور الحاصل فـي موضـوع التحكيم وخاصة التحكيم التجاري سواء كان في العلاقات الخاصة دولية أم داخليـة، خصوصا وان شرط التحكيم يكاد يكون عرفا تعاقديا في العلاقات التجارية داخليـا وخارجيا، لا بل إنه أصبح من متطلبات إبداء حسن النية بـين أطـراف أي عقـد تجاري، يكون أول همهم فض منازعاتهم بكل يسر وسهولة.

مما يضع الفقه الإسلامي المعاصر أمام واقع يشير إلـى ضـرورة مـسايرة أعراف التجارة وخاصة التجارة الدولية برؤية بعيدة عن التقليد المجرد بخـصوص شرط التحكيم واتفاق التحكيم، حيث أن مبررات فقه السلف على ما يبدو للباحث لـم تعد ذات أهمية في ظل تقلص نطاق التحكيم واختلاف طبيعة المنازعات التي تكون محلا له.

والخلاصة أنه وفقا لفقه السلف فإن أولى أركان اتفاق التحكيم هـو الرضـا، وان الركن الثاني هو تعيين المحكم باسمه، كما أن اتفاق التحكيم لا بد يكون بـصدد منازعة قائمة، وأما شرط التحكيم فلم يكن محل اهتمام السلف من الفقهاء.

2.2 ماهية الاتفاق على التحكيم في نظام التحكيم السعودي:

1.2.2 محاولات تفسير الشراح لماهية اتفـاق التحكـيم وفقـا لنظـام التحكـيم السعودي:

بداية لا بد من الإشارة إلى محاولة بعض الفقه تفنيد ما ورد في نظام التحكيم السعودي ولائحته التنفيذية، وقبل التطرق إلى هذا الأمر فإنه يحسن من وجهة نظـر الباحث إيراد أهم النصوص الواردة في نظام التحكيم السعودي ولائحتـه التنفيذيـة تاليا:

ونبدأ بنصوص نظام التحكيم الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم م/46 في 1403/7/12هـ (1983م).

مادة (1): يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم، كما يجوز الاتفاق مسبقا على التحكيم في أي نزاع يقوم نتيجة لتنفيذ عقد معين.

مادة (5): يودع أطراف النزاع وثيقة التحكيم لدى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع ويجب أن تكون هذه الوثيقة موقعة من الخصوم أو من وكلائهم الرسميين المفوضين ومن المحكمين، وأن يبين بها موضوع النزاع وأسماء الخصوم وأسماء المحكمين وقبولهم نظر النزاع وأن ترفق بها صور من المستندات الخاصة بالنزاع.

مادة (6):تتولى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع قيد طلبات التحكيم المقدمة إليها وتصدر قراراً باعتماد وثيقة التحكيم.

مادة (7):إذا كان الخصوم قد اتفقوا على التحكيم قبل قيام النزاع أو إذا صدر قرار باعتماد وثيقة التحكيم في نزاع معين قائم فلا يجوز النظر في موضوع النزاع إلا وفقاً لأحكام هذا النظام.

مادة (10):إذا لم يعين الخصوم المحكمين أو امتنع أحد الطرفين عن تعيين المحكم أو المحكمين الذين ينفرد باختيارهم أو امتنع واحد أو أكثر من المحكمين عن العمل أو اعتزله أو قام به مانع من مباشرة التحكيم أو عزل عنه ولم يكن بين الخصوم شرط خاص عينت الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع من يلزم من المحكمين وذلك بناء على طلب من يهمه التعجيل من الخصوم ويكون ذلك بحضور الخصم الآخر أو في غيبته بعد دعوته إلى جلسة تعقد لهذا الغرض ويجب أن يكون عدد من يعينون مساوياً للعدد المتفق عليه بين الخصوم أو مكملاً له ويكون القرار في هذا الشأن نهائياً.

وأما النصوص الواردة في اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي الصادرة بموجب المرسوم الملكي رقم2021/7/م في 1405/9/8هـ فهي:

مادة (6): يتم تعيين المحكم أو المحكمين باتفاق في وثيقة تحكيم يحدد فيها موضوع النزاع تحديداً كافياً، وأسماء المحكمين، ويجوز الاتفاق على التحكيم بمقتضى شرط في عقد بشأن المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ هذا العقد.

مادة (7): على الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع أن تصدر قراراً باعتماد وثيقة التحكيم خلال خمسة عشر يوماً وأن تخطر هيئة التحكيم بقرارها.[1]

وتعليقا على هذه النصوص فقد قيل إن المشترع السعودي قد فرق بين الشرط التحكيمي السابق على النزاع والاتفاق التحكيمي اللاحق للنزاع استنادا إلى نص المادة الأولى من نظام التحكيم السعودي [2] ويشير الباحث إلى ما ذكره عبد الحميد الأحدب بقوله:(إن الخاصية الأساسية لنظام التحكيم السعودي الصادر في العام 1983 ولائحته التنفيذية الصادرة في العام 1985، تمثلت في إدخال الشرط التحكيمي في نظام التحكيم السعودي والاعتراف بصحته وقوته الإلزامية).

على أن الأحدب وفي محاولة لتفنيد الأمر يقول متسائلا:(إن قانون التحكيم السعودي ولائحته التنفيذية يعالجان الإجراءات المطلوبة لعقد الاتفاق التحكيمي، ومن المفيد التساؤل عما إذا كان الشرط التحكيمي يقتضي أن يقترن بهذه الإجراءات ليعطي آثاره وعما إذا كان ضروريا عقد اتفاق تحكيمي بعد الشرط التحكيمي؟)

ثم يضع رأيه بالقول:إن إدراج الشرط التحكيمي هو أمر ملزم للفرقاء دونما حاجة إلى إجراء اتفاق تحكيمي جديد تصادق عليه الجهة المختصة أصلا – ثم يعقب بالقول:مع أنه يبدو أن الواقع العملي في المملكة هو من وجهة نظر مختلفة، وهو مستمر على اعتماد لزوم حصول مثل هذا الاتفاق التحكيمي – ثم يضيف: أن النص يضع الاتفاق على التحكيم السابق للنزاع بمنزلة (القرار باعتماد وثيقة التحكيم في نزاع معين قائم) فنص المادة (أي المادة 7) [3] يقول إذا كان الخصوم قد اتفقوا على

---

1 فضل الباحث إيراد هذه النصوص لسهولة الرجوع إليها، على انه سيتم إدراج النظام واللائحة في ملحق خاص بهذا البحث

2 المادة (1) من النظام (يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم، كما يجوز الاتفاق مسبقا على التحكيم في أي نزاع يقوم نتيجة لتنفيذ عقد معين)

3 م 7 من نظام التحكيم

التحكيم قبل قيام النزاع أو إذا صدر قرار باعتماد وثيقة التحكيم في نزاع معين قائم، فلا يجوز النظر في موضوع النزاع إلا وفقا لأحكام هذا النظام) وباستعمال المشرع كلمة (أو) يكون قد فرق وساوى بين الشرط التحكيمي من جهة والقرار الصادر عن المحكمة باعتماد الاتفاق اللاحق للنزاع وكلاهما ينزعان اختصاص المحاكم المختصة ويوليان التحكيم الاختصاص، فيكون المشترع السعودي قد اعترف بالشرط التحكيمي وحرره من شكليات، وبقي الاتفاق اللاحق للتحكيم وحده مقيدا بها [1] انتهى.

الحقيقة أن الباحث وإن كان يسلم بأن المشترع السعودي قد ميز بين الشرط التحكيمي السابق للنزاع وبين الاتفاق التحكيمي اللاحق للنزاع إلا أنه لا يمكن التسليم بالتحليل السابق لا من حيث إلباس الشرط التحكيمي ثوب الاتفاق التحكيمي، ولا من حيث وجهة النظر المخالفة لهذا الرأي التي تقول إن الشرط التحكمي هو اتفاق يتطلب مصادقة المحكمة – والأمر برأي الباحث يتطلب تفنيدا للأمر يتعلق بالعلة من النص، فهل يمكن ربط الأمر بالسؤال عن مدى تأثر المشترع السعودي بالراجح في الفقه الإسلامي ؟ وهذا ما سيحاول الباحث تسليط الضوء عليه تاليا.

2.2.2 ملامح تأثر نظام التحكيم السعودي بالفقه الإسلامي:

إن التطرق لهذا الأمر لا بد وأن يثير أسئلة محدد على النحو التالي:

1- هل تأثر المشترع السعودي بالراجح لدى الفقه الإسلامي من ضرورة كون المحكم معلوما باسمه وجزءا لا يتجزأ من الاتفاق على التحكيم

2- هل تعامل المشترع السعودي مع الشرط التحكمي الذي يحوي اسم أو أسماء المحكمين بنفس تعامله مع الشرط التحكيمي المجرد

---

1 راجع في كل ما سبق من تنويه: الأحدب، عبد الحميد الأحدب، التحكيم في البلاد العربية، ج 2، ص 200، الجزء الثاني من موسوعة التحكيم، طبعة (بدون)، 1990م، إصدارات دار نوفل - ببيروت.

وهو يشير إلى انه يخالف بذلك دراسة للأستاذ سمير صالح (لم يتمكن الباحث من الحصول عليها) والتي يستنتج فيها أن الشرط التحكيمي يخضع لمصادقة المحكمة المختصة، شان الاتفاق اللاحق

3- هل الوثيقة التحكيمية هي عمل إجرائي أم هي عقد التحكيم بعد تمامه، بمعنى هل تأثر المشترع السعودي بما قيل حول وجود عقود غير سارية المفعول من غير العقود المسماة في الفقه الإسلامي[1] أم أن الأمر يتعلق بمعنى التولية في القضاء؟

إن من يدقق في النصوص الواردة في نظام التحكيم ولائحته التنفيذية مستحضرا ما أشير إليه من رأي السلف من فقهاء الشريعة الإسلامية على اختلافها وتنوعها وموقفها من عدة مسائل تتعلق بتعيين المحكم وتسميته وإضافة التحكيم وتعليقه وموقف الفقه عموما من الشرط ليجد أن المشترع السعودي وإن كان ميز بين الشرط التحكمي والاتفاق التحكيمي إلا أنه لم يعترف بأي منهما كاتفاق على التحكيم إلا إذا تحققت في الشرط السابق أو الاتفاق اللاحق على التحكيم الشروط الجوهرية التالية:

1- موضوع النزاع 2- أسماء المحكمين 3- وقبول المحكم أو المحكمين للمهمة

فإذا توفرت هذه العناصر **تبقى مسألة التولية أي تولية المحكم أو المحكمين أي تعيين المحكم.**

وبما أن هذه العناصر التي أشير إليها **لا يمكن توفرها مجتمعة في الشرط التحكيمي** الوارد النص عليه مرة واحدة فقط في المادة 6 من اللائحة[2] والتي تعتبر برأي الباحث استدراكا لاحقا لما فات من نص على الشرط في نظام التحكيم الذي

---

1 وهذا سؤال طرحه عبد الحميد الأحدب في الجزء الأول من موسوعة التحكيم (التحكيم أحكامه ومصادره)، ص 69 -70، حول النظرية التقليدية التي أشار إليها السنهوري، وان عقد التحكيم عقد غير مسمى وبالتالي هو ليس من العقود الملزمة:ثم يعقب بان الفقه الإسلامي أعطى أجوبة حازمة على هذا الموضوع بان عقد التحكيم عقد صحيح ولكنه غير ملزم، وأعقب (كباحث) على ذلك بالقول: إن الأمر محل اختلاف، ذلك أن من الفقه من جعله ملزما بمجرد انعقاد العقد كما هو رأي ابن الماجشون من المالكية على ما سنرى لاحقا -

2 مادة (6): يتم تعيين المحكم أو المحكمين باتفاق في وثيقة تحكيم يحدد فيها موضوع النزاع تحديداً كافياً، وأسماء المحكمين، ويجوز الاتفاق على التحكيم بمقتضى شرط في عقد بشأن المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ هذا العقد.

صدر سابقا، فعليه ووفق هذا الرأي فلا يمكن اعتبار الشرط الوارد في عقد ما اتفاقا مكتمل العناصر وفقا للنظام السعودي ولائحته التنفيذية.

ويرى الباحث أنه يمكن رصد الصفة الجوهرية للأمر الأول والثاني اللذين أشير إليهما كعناصر جوهرية في أي اتفاق تحكيم من خلال العبارة التالية: (يتم تعيين المحكم أو المحكمين باتفاق في **وثيقة تحكيم** يحدد فيها موضوع النزاع تحديداً كافياً، وأسماء المحكمين) .

فالنص **واضح يشير إلى أن الأمر يتعلق باتفاق تحكيم يتم من خلال وثيقة معينة، هذه الوثيقة تبدو للوهلة الأولى مجرد عمل إجرائي تتطلبه طبيعة التحكيم القضائية وفقا للنظام السعودي**.

على أن إيضاح هذا الأمر لا بد وأن ينطوي على جواب للسؤال التالي: ماذا لو كان الاتفاق على التحكيم قد تم تقديمه إلى المحكمة المختصة بالنظر في أصل النزاع وكان قد تم تحديد المنازعة تحديدا كافيا وتم تسمية المحكمين وقدمت هذه الوثيقة موقعة من قبل الخصوم فهل ستطلب المحكمة وثيقة أخرى كي تقوم باعتمادها؟

الجواب بالتأكيد سيكون بلا، فالأمر وإن بدا ذا مفاعيل إجرائية إلا أنه في الأساس لم ينص عليه النظام إلا لغاية موضوعية تتعلق بمفهوم الاتفاق على التحكيم ليبقى الاتفاق اتفاقا والشرط شرطا.

إن من يدقق في النصوص السابقة قد يجدها للوهلة الأولى – توهما - أنها حوت في ثناياها خلطا بين الشرط التحكيمي والاتفاق التحكيمي، حيث يتم الإشارة إلى الاتفاق التحكيمي بالنص على أنه (يجوز أن يكون الاتفاق التحكيمي بموجب وثيقة مكتوبة م6 من اللائحة) حيث ورد النص على شروط جوهرية فيها لا بد أن تتضمنها.

ومن ثم وفي نفس المادة يوصف الشرط التحكيمي بأنه اتفاق بالقول:(ويجوز الاتفاق على التحكيم بمقتضى شرط في عقد بشأن المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ هذا العقد م6 من اللائحة)

وتزداد الحيرة في تتبع تفسير منطقي لمقصود المشترع السعودي، وهل قصد من الوثيقة أن تكون عملا إجرائيا، أم قصد أن تأخذ صفة الاتفاق التحكيمي من الناحية الموضوعية إذا لم يكن لدى الخصوم وثائق غيرها ؟ بحيث يترتب عليها في نفس الوقت المفاعيل الإجرائية التي يتطلبها النظام واللائحة؟

أقول في هذه المسالة:كأن لسان حال المشترع يقول إذا توفرت في الاتفاق التحكيمي كافة شروط الوثيقة التحكيمية التي يجب اعتمادها من الجهة المختصة أصلا بنظر النزاع كان به، فتعتبر حين ذاك اتفاقا وفي نفس الوقت وثيقة (أي الوثيقة التحكيمية) المقصودة بالنظام واللائحة، وإلا لا بد من إكمال هذا الاتفاق الذي لن يكون ساري المفعول إلا بإتمام عناصره الجوهرية.

إن سبب الصعوبة التي يمكن أن تواجه أي باحث في هذا الأمر تتجلى في عدم وجود أعمال تحضيرية للنظام ولائحته التنفيذية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الصعوبة تزداد عندما يتم التفسير لغة فقط دون وضع هذا النص في السياق العام لفهم اتجاهات الفقه الإسلامي ومدى تأثر المشترع برأي جمهور فقهاء المسلمين، ذاك أن فلسفة التنظيم لدى المشترع السعودي تقوم على الالتزام بالراجح في الفقه الإسلامي.[1]

وبعد كل ذلك حق لنا أن نتساءل عن مدى تأثر المشترع السعودي بالفقه الإسلامي وانعكاس هذا الأمر على نصوص نظام التحكيم ولائحته التنفيذية ؟

فالربط في التفسير ما بين النصوص السابقة وما تم الإشارة إليه في هذا البحث من رأي للفقه الإسلامي حول وجوب تسمية المحكم وإلا بطل الاتفاق، ورأي نفس الفقه المشار إليه بخصوص إضافة التحكيم وتأقيته، كل ذلك يؤدي – برأي الباحث – إلى القول أن المشترع السعودي تأثر بالراجح لدى الفقه الإسلامي في

1 حتى عندما يتم التطرق لمواضيع عصرية فان النسق العام لسياسة المشترع السعودي هي الالتزام بأحكام الشريعة الأساسية والاستئناس ولو قياسا على أراء جمهور الفقهاء حول المسائل المشابه للمسالة المعاصرة ضمن هدف عام يتوافق ومقاصد الشريعة الإسلامية. فهو محكوم بنص المادة الثامنة والأربعون من النظام الأساسي للحكم (تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة).

مسألة تسمية المحكم وأنها مسألة جوهرية واعتبر اتفاق التحكيم الذي لـم تـتم فيـه تسمية المحكم مجرد اتفاق ليس بسار مفعوله[1] لأن الأمر يتعلق بتوليـة وتحكـيم ذا طبيعة قضائية صرفه، وغني عن القول أنه بات من المسلم به أن العمل القضائي لا بد أن يفرغ بشكل كتابي وهذا هو منطق الأمور، وحتى تثبت الولاية للمحكم رسميا فلا بد من الكتابة.

وعليه لا بد لجعل الاتفاق ساريا مفعوله أن يتم إعداد وثيقة التحكـيم التـي لا مانع أن تكون ابتداء هي اتفاق التحكيم ذاته [2] فإذا اكتملت شرائطه خلعت عليه صفة (وثيقة التحكيم) ليصار فيما بعد إلى اعتماد الوثيقة التي هي الاتفاق عينـه، وهـذا الاعتماد المقصود منه إثبات التولية رسميا، أي تولية الحكم أو المحكمين للقضاء في المسألة محل التحكيم في تأثر واضح بفقه السلف حيث من شروط صـحة التوليـة معرفة المولّى حيث لا تجوز توليته مع عدم العلم بأهليته من عدمها، كما لا تجـوز توليته مع عدم العلم بصلاحيته[3]، إذن فاعتماد الوثيقة لا يكون إلا بعد التأكـد مـن صلاحية المحكم أو المحكمين إذا تعددوا، وذلك مع تسامح واضح في مسألة اشتراط

---

1 سبق الإشارة إلى النظرية التقليدية حول العقود غير المسماة في الفقه الإسلامي فأحيل إليها

2 يبدو أن العصور المتقدمة في العهد الإسلامي كان يغيب عنها مفهوم شرط التحكيم، ذاك أن المبـدأ السائد لديهم هو تنفيذ العقود والعهود بحسن نية ولا يمكن تصور أي تطور حول مفهوم الشرط فـي ظل انعدام النص عليه في الاتفاقات التي غالبا ما كانت شفهية.

3 فمن شروط صحة التولية (مشافهة بالولاية في المجلس) إن كان حاضرا (ومكاتبته بها) إذا كان غائبا راجع: البهوتي، كشاف القناع، جـ 15، ص 17.

والأمر لا يتعلق فقط بكون المحكم يجب أن يكون معلوما ولكن له علاقة بأمر آخر هو محل اعتبـار لدى الفقه الإسلامي في باب القضاء حيث لا يجوز للقاضي أن يستخلف غيره إن لم يكـن مأذونـا بالاستخلاف فان استخلف غيره ولم يكن مأذونا بطل حكم من استخلفه ولا يشترط فـي المـستخلف العلم بجميع أبواب الفقه فإذا استخلفه على الانكحة فقط وجب أن يكون عالما بمسائل النكـاح ومـا يتعلق بها وان استخلفه بالقسمة والمواريث وجب علمه بها والمستخلف كالوكيل ينعـزل بمـوت أو عزل القاضي الذي استخلفه... راجع في ذلك: الدسوقي، ("حاشية الدسوقي "على الـشرح الكبيـر شمس الدين محمد عرفه الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي احمد الدردير وبهامـشه الشرح المذكور مع التقريرات للعلامة المحقق سيدي محمد عليش)، جـ 4، ص 133،)، بـدار إحياء الكتب العربية، طبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه.

المعرفة بالأحكام الشرعية ليكتفى بعلم واحد من المحكمين بالقواعـد الـشرعية إن تعددوا، حيث لا مجال للتساهل في هذا الأمر إذا كان المحكم فردا، ذلـك أن بـدء التحكيم باعتماد وثيقة التحكيم إنما هي – حسب رأي الباحث – تولية للقـضاء، ولا يتولى القضاء إلا من كان على علم بالقواعد الشرعية فضلا عن معرفته بالأنظمـة التجارية والتقاليد السارية في المملكة[1] وهذا هو مفهوم نص المادة 3 مـن اللائحـة التنفيذية (يكون المحكم من الوطنيين أو الأجانب المسلمين من أصحاب المهن الحرة أو غيرهم ويجوز أن يكون من بين موظفي الدولة بعد موافقة الجهة التـي يتبعهـا الموظف، وعند تعدد المحكمين يكون رئيسهم على دراية بالقواعد الشرعية والأنظمة التجارية والعرف والتقاليد السارية في المملكة).

وبما أن الأمر منوط بالمحكمة المختصة بنظر النزاع من حيث اعتماد وثيقة التحكيم ومن ثم الموافقة على المحكم فإنه يفهم جليا من هذه المادة أن المحكم إذا كان منفردا لا بد أن يكون ملما بالقواعد الشرعية لأنه يقوم بعمل قضائي – هذا هو تماما ما تقصده المادة المذكورة – خصوصا أنها لاحقة لصدور النظام وهي مفسرة لـه، في توجه واضح إلى أن اتفاق التحكيم أيا كان شكله إذا ما حوى العناصر الجوهرية المطلوبة التي أشير إليها فإنه لا يمكن أن يرتب أثره إلا بعد اعتماده من المحكمـة التي لها أن تتدخل في إرادة الأطراف من حيث اتفاقهم على المحكم أو على رئـيس هيئة التحكيم إن تعددوا في تأكيد واضح على معنى التولية وأنها محل اعتبار بحيث يظهر من خلال ما سبق كله أن وثيقة التحكيم ليست ذات مفاعيل إجرائية فقط فهـي وان كانت ذات مفاعيل إجرائية فذلك لإثبات أمر موضوعي هو غايتها **وهي أن تتم عملية التولية وهي عملية موضوعية وجوهرية لسريان اتفاق التحكيم وذلك بشكل رسمي حتى يتم المباشرة بالمهمة التحكيمية القضائية، وبـذلك يكـون المـشترع السعودي قد أخذ بزمام المبادرة بان نصب من القضاء رقيبا على صلاحية المحكم**

---

1 وهذه العبارات تثير كثيرا من التساؤلات لدى أي طرف أجنبي يود التحكيم وفقـا لنظـام التحكـيم السعودي خصوصا مع الإحالة المطلقة على الشريعة الإسلامية فيما يخص القانون المطبـق علـى النزاع، لنتوصل إلى حقيقة مفادها أن نظام التحكيم ولائحته التنفيذية صمما من حيث شئنا أم أبينـا لحكم العلاقات الخاصة الداخلية.

في استثمار واضح لنظرية الاستخلاف[1] **في الفقه الإسـلامي، كمـا ويعـد إبـلاغ المحكمين باعتماد وثيقة التحكيم من باب محاكاة ما كان يـصطلح عليـه كتـاب القاضي إلى القاضي**[2]، بدلا مما كان عليه الأمر في القدم من ترك الأمر للخـصوم ليختاروا بأنفسهم من يصلح للتحكيم بينهم.

وهذا الذي تم الإشارة إليه آنفا يجعل برأي الباحث – أن يكون التحكيم وفقا لنظام التحكيم السعودي داخليا فقط بالمعنى القانوني المعاصـر وذلـك لاعتبـارات سيأتي الباحث عليها عند البحث في شأن تعيين المحكم وما يشترط فيه من شروط.

على أن ما قيل من رأي أشير إليه آنفا لا ينال منه القول أن النظام نص فـي المادة (7) بالقول (إذا كان الخصوم قد اتفقوا على التحكيم قبـ ـل قيام النزاع أو إذا صدر قـرار باعتماد وثيقة التحكيم في نزاع معين قائم فـلا يجـوز النظـر فـي موضوع النزاع إلا وفقاً لأحكام هذا النظام)

فالتفسير المنطقي ليس كما قيل:أن المشترع اعتـرف بالـشرط التحكيمـي وحرره من شكليات بقي الاتفاق اللاحق للتحكيم وحده مقيدا بها، ولا كما قيـل فـي رأي آخر أن الشرط التحكيمي يحتاج إلى مصادقة المحكمة تماما كما هـو الحـال بالنسبة للاتفاق التحكيمي اللاحق، وإنما يجب النظر إلى العلة من كل ذلك من خلال تفسير مراد المشترع وما تغياه حقيقة.

فالتفسير الذي ارتضاه الباحث متوافقا مع منهج هذا البحث، يـشير إلـى أن الأمر وان تعلق بنصوص تلزم الجهة المختصة بنظر النزاع بالمصادقة على اتفـاق

---

1 البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات " دقائق أولي النهى لـشرح المنتهى"، جـ 2، ص 495، تحقيق عبد ا بن عبد المحسن التركي، ط 1، 1421هـ / 2000م، الناشرون مؤسسة الرسالة، الرياض.

جاء في شرح منتهى الإرادات للبهوتي في معنى الاستخلاف " للقاضي استنابة والده وولده ونحوهمـا عنه في الحكم مع صلاحيتهم كغيرهم "

2 ابن نجيم، البحر الرائق، جـ 7، ص 2.

حيث جاء في باب كتاب القاضي إلى القاضي:(" قوله يكتب القاضي إلى القاضي في غير حد وقـود " أي استحسانا، والقياس انه لا يجوز لان كتابته لا تكون أقوى من عبارته وهو لو اخبـر القاضـي الآخر في محله لم يعمل بخبره فكتابته أولى....)

التحكيم الذي يمكن أن يفرغ بكل بساطة في صورة وثيقة تحكيم أو يقدم من حيـث المبدأ محتويا على كافة عناصر الاتفاق أو الوثيقة - أيا كانت التسمية حتى يعبر إلى مرحلة التقاضي تحكيما-، فذلك ليس إجراء شكليا مفرغا من مضامينه الموضوعية، فالأمر يتعلق بتولية للقضاء أكثر من أي أمر آخر، هذا وإن بدت الأمـور ظاهريـا مجرد إجراءات تعبر عن الطبيعة القضائية للتحكيم وفقا لنظام التحكيم السعودي الذي فرض هيمنة كاملة للقضاء على مجمل مجريات العملية التحكيمية، وتفنيـد توجـه الباحث نحو التفسير السابق يمكن التطرق إليه على النحو التالي:

أولا: أن المشترع عندما ساوى بين اتفاق التحكيم السابق ووثيقة التحكـيم اللاحقـة، فإن من المنطق أن يقال أنه ساوى بين أمرين يمكن المساواة بينهما وإلا عد الـنص لغوا، وهو ما لا يتوافق مع منطق التفسير القانوني، فهو لم يساوي الاتفاق الـسابق مع الاتفاق اللاحق إلا إذا كان الأول يشتمل على كافة عناصر الثاني، خصوصا أن تلك العناصر مطلوبة لذاتها وفق التفسير السابق ووفق السياق العام لما قدم من شرح حول أهمية تلك العناصر ومن بينها تسمية المحكم، وحتى التأكد من صلاحيته مـن الناحية العلمية ومعرفته بالقواعد الشرعية.

وفي معرض النص يبدو أن المشترع يشير وان كان بشكل غير واضح إلـى أن اتفاق التحكيم اللاحق من المفترض أن يصل إلى يد الجهة المختصة أصلا بنظر النزاع بصورة وثيقة تحكيم ابتداء، وما يؤيد هذا الاتجاه في التفسير أن المخـاطبين بالنظام يعرفون ما عليهم من واجبات تجاه الجدية في البـدء بالعمليـة التحكيميـة، وكأني بالنص يقول بعبارة أخرى:(إذا حوا الاتفاق السابق علـى كافـة العناصـر المطلوبة لذاتها في وثيقة التحكيم فإنه يمتنع على القضاء نظر موضوع النـزاع إلا وفقا لنظام التحكيم) وصورة هذا الاحتمال أن نكون أمام منازعـة قـضائية ابتـداء تتحول في حال الدفع بوجود اتفاق تحكيم إلى عملية تحكيمية، أما إذا كان الحـديث عن شرط مجرد فصورته الدفع بوجود شرط تحكيم وهذا يرتب نفس الأثر من حيث امتناع الجهة القضائية عن السير في الدعوى ولكن لا يمكـن أن تتحـول الـدعوى

القضائية إلى دعوى تنظر وفقا لنظام التحكيم[1] فلا بد مـن استـصدار قـرار مـن المحكمة لإلزام الأطراف بإعداد وثيقة التحكيم إن لم يتم ذلك طوعا، ومما يؤيد ذلـك أن المحكمة ذاتها في حال امتناع أحد الأطراف عن تعيين المحكم تقوم بالتدخل فـي التعيين.

إذن فالأمر يتعلق ابتداء فيما يتعلق بنص المادة السابعة في أنها تـتكلم عـن الاختصاص وليس عن الإيذان بالبدء بالعملية التحكيمية لمجرد وجود شرط سـابق خلع عليه بعض الشراح صفة الاتفاق، بينما تعامل معه النظام ويتعامل معه القضاء على أنه شرط إلا إذا اكتملت عناصره التي ذكرت في الوثيقة التحكيميـة باعتبـاره اتفاقا داخل الاتفاق الأصلي وهذا ما لا يمكن تصوره لسبب بسيط **أن من الـصعوبة بمكان تحديد المنازعة تحديدا كافيا من خلال شرط داخل عقد تمشيا مع متطلبـات نظام التحكيم وشروطه.**

وكل سبق لا يعني بتاتا عدم الاعتراف بشرط التحكيم، إذ من الواضـح أنـه محل اعتراف المشترع ولكن في حدود كونه شرطا ملزما للأطراف على إبرام اتفاق التحكيم للبدء في العملية التحكيمية بشكل طوعي وإلا جاز لصاحب المصلحة اللجوء إلى القضاء ابتداء لإجبار الخصم الممتنع على اللجوء إلى التحكيم جبرا عنه، وأمـا إذا كان النزاع منظورا أمام القضاء فيدفع بالشرط ليس كدفع بعدم الاختصاص فقط لأن الدعوى ستكون تحت ولاية المحكمة إن كانت مختصة أصلا بنظر النـزاع ولا يجوز لها وفقا للنظام أن ترفع يدها عنها.

فحسب تعبير القضاء السعودي نفسه:(**أن التحكيم لا يعدو أن يكون قـضاء خاصاً يلجأ إليه الأفراد لفض منازعاتهم بعيداً عن الإجراءات التي تضعها الدولـة**

---

1 فما ذكر في المادة السابعة يشير إلى الدفع بعدم الاختصاص فالأمر يختلف بالنسبة للوثيقة التي تبـدأ بها العملية التحكيمية وهي وثيقة تشكل في مجملها اتفاق التحكيم المطلوب وفقا للنظام باعتبار الأمر يتعلق بتولية للقضاء في منازعه محددة وإشراف قضائي كامل وهيمنة على كافة الإجراءات وهـي وثيقة يرفق بها لوائح الدعوى ومستنداتها يترتب عليها إذا ما تم التحكيم إصدار حكم قابل للاعتراض والتعديل بحيث يعامل حكم المحكمين كحكم قضائي قابل للاعتراض ضمن المهل وقابل للحكم فيـه من قبل المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع سواء وافق حكمها حكم المحكمين أم عـدل عليـه أم حكم بما يناقضه تماما

لتيسير عملية التقاضي ولما كان هذا القضاء الخاص يسير جنباً إلى جنب مع القضاء العادي الذي يتمثل في المحاكم التي أنشأتها الدولة وعينت قضاتها وأسندت إليها ولاية الفصل في المنازعات فإن ولي الأمر لم يشأ أن يترك هذا النوع من أساوب التقاضي دون حماية و دون رقابة فأصدر نظام التحكيم... وأعطى النظام للجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع دوراً أساسيا في الهيمنة والأشراف على التحكيم ابتداء من اعتماد وثيقة التحكيم وانتهاء بتنفيذ حكم المحكمين ونظر الاعتراض)[1].

---

1 راجع القرار رقم 143/ت/4 لعام 1412هـ الصادر عن هيئة التدقيق بديوان المظالم (المصدر موقع محامو المملكة العربية السعودية على شبكة الانترنت) وقد فضلت إيراد نص القرار للحاجة إليه لاحقا في ثنايا هذا البحث، وقد جاء في القرار ما نصه:(قضت الدائرة بعدم جواز نظر الدعوى لوجود شرط التحكيم على سند من وجود هذا الشرط في العقد موضوع الدعوى تقديم وكيل المدعى عليها ما يثبت السير في إجراءات التحكيم ضد المدعية واستناداً إلى نظام التحكيم ولائحته التنفيذية في حين أن التحكيم لا يعدو أن يكون قضاء خاصاً يلجأ إليه الأفراد لفض منازعاتهم بعيداً عن الإجراءات التي تضعها الدولة لتيسير عملية التقاضي ولما كان هذا القضاء الخاص يسير جنباً إلى جنب مع القضاء العادي الذي يتمثل في المحاكم التي أنشأتها الدولة وعينت قضاتها وأسندت إليها ولاية الفصل في المنازعات فإن ولي الأمر لم يشأ أن يترك هذا النوع من أساوب التقاضي دون حماية و دون رقابة فأصدر نظام التحكيم وفيه اشترط أن يكون المحكم من ذوي الخبرة حسن السيرة والسلوك كامل الأهلية وأضافت اللائحة التنفيذية للنظام المذكور أن يكون المحكم من الوطنيين أو الأجانب المسلمين وأن يكون رئيس المحكمين عند تعددهم على دراية بالقواعد الشرعية والأنظمة التجارية والعرف والتقاليد السارية في المملكة وأعطى النظام للجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع دوراً أساسيا في الهيمنة والأشراف على التحكيم ابتداء من اعتماد وثيقة التحكيم وانتهاء بتنفيذ حكم المحكمين ونظر الاعتراض المقدم من الخصوم ولما كانت المنازعة الماثلة تدخل في ولاية القضاء السعودي أصلاً فإن النص في العقد موضوع الدعوى على الاتفاق على التحكيم خارج المملكة في مدينة زيورخ بسويسرا وفقاً لقوانين غرفة التجارة الدولية فضلاً عن أنه يتعارض مع نظام التحكيم السعودي ولائحته التنفيذية المشار إليها سلفاً فإنه يعتبر بمثابة اتفاق على سلب ولاية القضاء وحجبه عن نظر النزاع الداخل في اختصاصه مما يتعارض مع النظام العام في المملكة ويكون معه هذا الشرط باطلاً بطلاناً مطلقاً مما كان يتعين معه القضاء برفض الدفع المبدى من الشركة المدعى عليها بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم وتصدي الدائرة للفصل في موضوع النزاع)

على أن الواقع العملي يشير أيضا إلى أن التحكيم وان خلع عليه صفة القضاء الخاص إلا أنه ادمج في عمله كمستخلف من القضاء الرسمي تحت إشرافه المباشر.

ثانيا: أن المشترع قد تدارك الأمر بعد صدور نظام التحكيم الذي لم يشر إلى شرط التحكيم السابق ونص عليه في اللائحة ويبدو أن صياغة النظام في حينه قد تـأثرت ببعض الآراء الفقهية التي تمنع إضافة التحكيم وتأقيته، وأمام معطيات الواقع التـي تشير إلى اعتراف قوانين التحكيم بالشرط التحكيمي كاتفاق جاء نص اللائحة يـشير إلى الشرط ولكن كشرط وذلك بالأخذ برأي بعض الفقه الإسلامي الذي أجاز إضافة التحكيم وتأقيته.

وبرأي الباحث أن خلو نظام التحكيم السعودي من الإشارة إلى شرط التحكيم ومن ثم الاستدراك بعد ذلك في اللائحة التنفيذية ربما لم يكن له مخرج فقهي إلا من خلال رأي بعض الحنابلة الذي مفاده أن الأصل في العقود والشروط التي يتـضمنها العقد الإباحة ما لم يقم الدليل على منعها لتعارضها مع نص شـرعي أو مخالفتهـا للنظام العام في الشريعة أو النظام العام للعقد الذي اقترن به الشرط بحيـث يجـب الوفاء بالشروط عملا بقوله تعالى: **يا أَيها الَّذِين آمنُواْ أَوفُواْ بِالْعقُودِ 1 [المائدة، الآية: 1]** وقوله ﷺ (المسلمون عند شروطهم). هذا من ناحية ومن ناحية أخرى تم استثمار نظرية الاستخلاف في الفقه الإسلامي بحيث يعتبر المحكم بمثابة القاضـي المستخلف من قبل القاضي المولى.

3.2.2 استقلال شرط التحكيم في الشريعة وفي نظام التحكيم السعودي:

أشار الباحث آنفا إلى الرأي الراجح في الفقه الإسلامي فيما يخص التحكـيم، وأنه تولية للقضاء وقد ساق من الأدلة ما يكفي للتدليل على هذا الأمـر وأن شـرط التحكيم يبقى شرطا ويعامل كشرط وفقا للقواعد العامة في الفقه الإسلامي.

وإذا كانت مسألة استقلال شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم مسألة حديثه، فـإن هذه المسألة غير مطروحة لدى الفقه الإسلامي قديما لعدم ذكرهم لـشرط التحكـيم وذلك لاعتقادهم بأن الأمر ينطوي على غرر، كما أن هذا الأمر لم يطرح من قبـل الاجتهاد الجماعي المعاصر متمثلا بمجمع الفقه الإسلامي، ووفقا للراجح في الفقـه

الإسلامي أو وفقا للرأي الآخر في هذا الفقه بخصوص شرط التحكيم كما ذكر سابقا، نجد أن شرط التحكيم ومسألة استقلاله عن العقد الذي ورد فيه لا يمكـن أن تثـار بالنسبة للتحكيم وفقا للشريعة الإسلامية، ذاك أن الأمر يتعلق بكل بـساطه بقاعـدة أساسية تقضي بان قانون العقد هو قانون الشرط أو مشارطة التحكيم وفقا للتعبيرات المستخدمة في العصر الحالي.

لذا لا يمكن تصور إثارة مسألة استقلال شرط التحكيم، ما دام أن هذا الشرط لا يعتبر بحد ذاته اتفاقا داخل الاتفاق الأصلي، وبالتالي فإن الأمر سيعرض برمتـه على محكم أو محكمين ملزمين بتطبيق شريعة واحده على كل من أصـل النـزاع وعلى الشرط الذي اوجب الإحالة إلى التحكيم ولكن بعد أن تتجـه إرادة الأطـراف طوعا إلى إتمام اتفاق التحكيم بناء على الشرط أو اللجـوء إلـى القـضاء لإجبـار الطرف المخل بالشرط على إحالة النزاع إلى التحكيم، ومن الواضح أن القضاء لـن يقف موقفا سلبيا في الحالة الثانية بل لا بد من ممارسة دور ايجابي في معرفة مدى صحة الشرط وعلاقته بموضوع النزاع من حيث تأثر أي منهما بالآخر.

وعليه يمكن أن نتصور الأمر الذي يمكن أن يثار فيه مثل هـذا الموضـوع على شكل فرضية تقضي أن الواقعة محل التحكيم قد ورد شرط التحكيم فيها كشرط من ضمن الشروط المتفق عليها في العلاقة الأصلية، فإن كانت العلاقة باطلة بطـل الشرط تطبيقا للقاعدة الفقهية إذا بطل العقد بطل ما في ضمنه.

يبقى السؤال هل يمكن إثارة الدفع ببطلان شرط التحكيم بشكل مستقل بمناسبة دفع أي من الخصمين أمام القضاء بان الوقعة محل النزاع والتي أصبحت منظـورة أمام القضاء يحكمها شرط تحكيم يقضي بالتزام على الطرفين لعقد اتفاق تحكيمي ؟

للإجابة على هذا السؤال يمكن القول أنه من الناحية النظرية لا يوجد ما يمنع من ذلك، إذ يمكن لأحد الخصوم عند الدفع بشرط التحكيم أن يدفع من جانبه ببطلان الشرط التحكيمي على الرغم من صحة العلاقة الأصلية، فإذا ثبت بطـلان الـشرط بطل الشرط فقط ما لم يكن من مقتضيات العقد.[1]

---

1 انظر على سبيل المثال المادة 397 من القانون المدني الأردني المأخوذ عن الفقه الإسـلامي:يبطـل التصرف إذا علق على شرط مستحيل أو مخالف للآداب أو النظام العام

إن ما تم الإشارة إليه آنفا حول عدم إمكانية اعتبار شرط التحكيم اتفاقا بحـد ذاته بل شرطا في عقد يقودنا إلى الولوج إلى نوع من التفصيل حول مسألة الـشرط في الفقه الإسلامي ورصد تطور الآراء الفقهية فيما يخص هذا الموضوع.

فمفهوم الشرط كما يذكر العلامة عبد الرزاق الـسنهوري [1] مفهـوم تطـور ويمكن أن نلمس هذا التطور من خلال المقارنة بين آراء الفقه الإسلامي، حيث أشار بداية إلى فروق تفصيلية ما بين المذهب الحنفي والمذهب الشافعي من ناحية وما بين المذهب المالكي والحنبلي من ناحية أخرى وذلك على النحو التالي:

1. أحد المذهبان الحنفي والشافعي بمبدأ وحدة الصفقة، فلا يبيحان إلا شرطا اقتضاه العقد أو لائم العقد أو جرى التعامل به
2. أما المذهب المالكي والحنبلي فقد تحررا من مبدأ وحدة الـصفقة وتوسـعا فـي تصحيح الشروط ما لم تكن منافية لمقتضى العقد أو مناقضة للشرع.

ثم يشير السنهوري إلى تجديد لافت في الفقه الحنبلي على يد ابن تيمية رحمه ا ، وتحديدا فيما يتعلق بتصحيح الشروط وهو تطور برأيه نبذ وحدة الـصفقة فـي تضييق واضح لمنطقة الشروط الفاسدة، فلا يكون الشرط فاسدا إلا إذا كـان منافيـا لمقتضى العقد، أو مناقضا للشرع، وهو ما عبر عنه السنهوري بالقول:(إلا إذا كان مخالفا للقانون أو الآداب) كل ذلك في إشارة منه إلى أن المذهب الحنبلـي يقتـرب كثيرا من الفقه الغربي حيث كل شرط يقترن بالعقد يكون صحيحا إلا إذا كان شرطا مستحيلا أو شرطا يخالف القانون أو النظام العام والآداب، فيلغو الـشرط ويـصح العقد، ما لم يكن الشرط هو الدافع[2] إلى التعاقد...... أن مسيرة التطور فـي الفقـه

---

1 السنهوري، عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، 3 أجزاء، ص 173، الطبعة الثالثة الجديدة، 1998م، منشورات دار الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.

2 والممارسة القضائية في المملكة العربية السعودية تشير إلى هذا الأمر الذي أشار إليه الـسنهوري – حيث أيدت محكمة التمييز (المحكمة العليا) الحكم الصادر عن المحكمة العامة بجدة والقاضي بفسخ عقد نكاح بين زوج وزوجته بعد زواج دام أربعين عاما بعد أن تقدمت الزوجة بدعوى طلبت فيهـا الفسخ بسبب إخلال الزوج بشرط ورد في عقد النكاح يمنع ذلك الزوج من الزواج بأخرى (المصدر – جريد الوطن السعودية – العدد: 3448 – في 2010/3/9م) ويبدو واضحا أن المحكمـة العليـا

الإسلامي تتابع إلى أن تصل إلى حد إباحة كل الشروط المقترنة بالعقد إباحة عامة، إلا إذا كانت مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب، في توجه نحو نبذ مبدأ الصفقة الواحدة حيث تجلى ذلك فيما اجري من تعديل على مجلة الأحكام العدلية العثمانيـة وفيما تم النص عليه في التقنين المدني العراقي الجديد.[1]

ومما تقدم يمكن القول أنه وأمام سكوت فقه السلف عن التطرق لشرط التحكيم السابق على النزاع وعدم التطرق له من قبل فقه الاجتهاد الجماعي ممـثلا بمجمـع الفقه الإسلامي، بحيث لا نجد إلا آراء فردية لفقهاء مـن العـصر الحـالي[2] فـإن الخلاصة التي يمكن الوصول إليها تتمثل في أنه لا يمكن اعتبار شـرط التحكـيم -الوارد النص عليه في العلاقة الأصلية- بحد ذاته اتفاقا داخل الاتفـاق بـل يبقـى شرطا. [3]

لذا فانه لا يمكن أن ينظر إلى شرط التحكيم من قبـل القـضاء وفقـا للفقـه الإسلامي قديمه وحديثه إلا كشرط، فإما أن يحكم ببطلانه وبالتـالي فـإن مـصير الاتفاق الأصلي يتوقف على مذهب القاضي لأن بطلان الشرط كمـا ذكـر سـابقا تتنازعه مدرستان الأولى تعتقد بوحدة الصفقة والثانية تعتقد العكـس وبـين هـاتين المدرستين، هناك آراء أخرى تشير إلى متسع للتعامل مع الشرط بشكل أكثر مرونة، أما إذا صح الشرط فيلزم الأطراف بمقتضى الشرط بصورة اتفاق تحكيم فإن كـان

اعتبرت عدم الإخلال بهذا الشرط من مقتضيات ديمومة الزواج بين الزوجين وان سـبب موافقـة الزوجة على الزواج كان من أهم دوافعه عدم زواج الزوج بأخرى.

1 ما أشير إليه من تفنيد لموقف المذاهب الفقهية الأربعة هو بتصرف عن: السنهوري، مصادر الحـق في الفقه الإسلامي، ص 173- 176

2 على سبيل المثال آل خنين والسرطاوي والزحيلي

3 الحداد، حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي، ص 117، ط1، 2004م، منشورات دار الحلبي الحقوقية، بيروت.

حيث أنه بالنسبة لاتفاق التحكيم الدولي فقد تم تعريفه: بأنه ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه تتعهد الأطـراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهما أو من المحتمل نشوئها بينهما من خلال التحكيم وذلـك إذا كانت هذه المنازعة تتعلق بمصالح التجارة الدولية.... وهذا التعريف يتضمن في ثناياه نوعين من أشكال الاتفاق على التحكيم، دون التفرقة بينهما، هما شرط التحكيم ومشارطة التحكيم.

يطوعهما بعد حكم المحكمة كان به، وإلا كان لزاما على المحكمة توليـة محكـم أو محكمين بمعرفتها حسب مقتضى الشرط.

أما في **نظام التحكيم السعودي** باعتباره قولا واحدا [1] متأثرا بالراجح في الفقه الإسلامي فإن المسألة لا يمكن أن تكون مطروحة إلا وفقا للصور التالية:

الصورة الأولى: أن يتم إثارة شرط التحكيم كدفع في معرض منازعة رفعت بشأنها دعوى قضائية، فيتم الرد من قبل الخصم بان الشرط باطل، وحينها يتوجـب علـى المحكمة أن تبت في مثل هذا الدفع [2] فإما أن تقرر بطلان شرط التحكيم، وبالتـالي ووفقا للمذهب الحنبلي ومجدده ابن تيمية يمكن الوصول إلى حكم يقـضي بـبطلان الشرط دون أن تتأثر العلاقة الأصلية ببطلانه ما لم تكن العلاقة الأصلية في ذاتهـا باطلة فيبطل ما في ضمنها وهو شرط التحكيم وبالتالي علي المحكمة أن تستمر في نظر النزاع باعتبارها المحكمة المختصة أصلا في نظر النزاع، وإمـا أن يقـضى بصحة الشرط التحكيمي وبالتالي الإيعاز إلى الإطراف بإتمام اتفاقهم على التحكـيم وتولية من يحكم بينهم وفق الشرط وإلا مارست المحكمة دورها في تعيين المحكم أو المحكمين وفق مقتضى الشرط.

الصورة الثانية: أن ينشب نزاع بين طرفين في علاقة تضمنت شرط التحكـيم فـي نزاع ما، فيقوم أحد الطرفين ممن له مصلحة في التحكيم بـاللجوء إلـى المحكمـة المختصة في نظر النزاع طالبا منها إلزام الخصم الآخر بالالتزام بشرط التحكيم ثـم تكون المحكمة أمام نفس السياق في الصورة الأولى.

4.2.2 اتفاق التحكيم وتوثيقه في الفقه الإسلامي ونظام التحكيم السعودي:

لم يتطرق فقه السلف إلى وجوب توثيق اتفاق التحكيم لغايات الإثبات، إلا أنهم تحدثوا عن الإشهاد على ثمرة التحكيم المتمثلة في حكم التحكيم، فحكم التحكـيم وإن

---

1 حسب رأي الباحث

2 راجع القرار رقم 143/ت/4 لعام 1412هـ - ص 45 من هذا البحث

كان من حيث المبدأ لا يحتاج إلى توثيق ولا إلى شهود إلا أنهم مع ذلك قالوا بأنه ينبغي الإشهاد على الحكم خشية الجحود.[1]

والمقصود بالإشهاد أي الإشهاد على أن الحكم صدر، لأن لهذا الإشهاد فائدة عملية برأيهم إذ أن المحكوم عليه إذا أنكر صدور حكم المحكم فإن هذا الحكم لن تكون له أية قيمة إلا إذا كان هناك بينة.[2]

ويفهم من كلام الفقه أن الإشهاد قد يكون على تولية المحكم وأنه أصبح حكما بين اثنين، أو أن الإشهاد يكون على صدور الحكم متضمنا بطبيعة الحال إشهادا على التولية، فإن كان الإشهاد على التولية دون الحكم فيبدو أن القول قول المحكم في ما صدر عنه من حكم، ما دام أن ولايته على النزاع ثابتة بشهادة الشهود، حيث أن قول المحكم سيكون مدعوما بشهادة الشهود.

إذن الحديث لدى فقه السلف عن إشهاد على التولية أو الحكم الصادر عن المحكم، ولم يكن من شرط لديهم أن يتم الإشهاد وإلا فلا إثبات، لأن الجحود يعني اللجوء إلى قواعد الإثبات الأخرى في الشريعة الإسلامية، ومنها توجيه اليمين للمحكوم عليه.

إن كون الحديث منصبا على إثبات الحكم الصادر أكثر من كونه منصبا على الاتفاق على التحكيم، إنما يعود برأي الباحث إلى أمرين:

الأمر الأول: أن غالبية فقه السلف قد اشترعوا مسألة الرجوع في التحكيم سواء الرجوع المجرد أم عزل المحكم الذي يحمل معنى الرجوع[3]، فيبدو أن اشتراع هذا الأمر لدى أغلب الفقه الاسلامي، جعل الأمر منصبا على الحديث عن الإشهاد على الحكم الصادر عن المحكم أكثر من الحديث عن الاتفاق.

---

1 وزارة الاوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 10، ص 242

2 وزارة الاوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 10، ص 242 وكذلك: السرخسي، شمس الدين السرخسي، جـ 21، ص 63، طبعة دار المعرفة / بيروت.والدسوقي، حاشية الدسوقي،جـ 4، ص 138.والبهوتي، كشاف القناع، جـ 15، ص 64... جاء في كشاف القناع في الصفحة المشار إليها القول: (وينبغي أن يشهد عليهما بالرضا به قبل حكمه، (أي حكم المحكم)، لئلا يجحد المحكوم عليه منهما)

3 سيأتي الحديث مفصلا عن الرجوع والعزل للمحكم الذي يحمل معنى الرجوع.

الأمر الثاني: ويتعلق بفلسفة رجال فقه السلف حول البينـة الكتابيـة، فـيلاحظ أن الحديث عن الإثبات هو حديث عن إثبات بالشهادة، وهو موقف تطـور فيمـا بعـد للتوسع في الأخذ بالأدلة الكتابية[1] أضف إلى ذلك كله عدم انتشار الكتابة فـي ذلـك الوقت، وهو أمر جعل الشهادة مقدمة على الكتابة في الإثبات.

على أن الممارسة القضائية في الوقت الحالي وفقا لما هو جار العمل عليـه في المملكة العربية السعودية كدولة تحكم وفقا للشريعة الإسلامية **دون وجود تقنين لقواعد الإثبـات** تمضي في قضائها حيث يتم الأخذ بالبينة الكتابية على نطاق واسع، وهذا برأي البعض يعود وبحق[2] إلى أن تلامذة الفقهاء غيروا من هذا التوجه، بحيث اقترب التوجه الجديد من المعين القرآني نحو الكتابة كدليل إثبـات بـصورة أكثـر اتساعا.

طبعا إن الحديث عن الإثبات عموما لدى الفقه الاسلامي والإثبات في عقـد التحكيم خصوصا يجعلنا مضطرين لمناقشة هذا الأمر وفقا لواقع اليوم ونظرة قوانين التحكيم الحديثة لمسألة توثيق عقد التحكيم كتابة.

فبالنسبة لقوانين التحكيم الحديثة فإن مسالة التوثيق كتابة تتعلق في جزء منها بأسباب اللجوء إلى التحكيم ذاته، فالسعي إلى السرعة في فض المنازعات التي هي

---

1 وقد أثار السنهوري هذه المسألة محاولا المضي قدما في القول بان الفقه يبقى فقهـا قـابلا للتغيـر والتبدل حسب الظروف حيث أنه وان كان هناك مبررات لتقديم الشهادة على الكتابـة كبينـة فـي الإثبات ضمن معطيات وظروف عصر ما جعل من الفقه الإسلامي يتبنى مثل هكذا موقـف، إلا أن نفس الفقه قد افرز آراء معتبرة أخرى في عصور لاحقة تشير إلى عكس هذا التوجه حيـث يـشير السنهوري إلى مقولة ابن القيم رحمه ا .... يقول السنهوري أيضا:(وقد ثار ابن القيم الجوزية على تحديد الفقهاء للأدلة في الإثبات تحديدا جامدا وتقيدهم بشهادة الشهود وأخذهم بها دون الأدلة والقرائن الأخرى، و نادى بوجوب ترك الإثبات حرا ومنصصا قول ابن القيم رحمـه ا « فـإذا ظهـرت إمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان فثم شرع ا ». راجع في كل ذلك

السنهوري، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخـاص بالإثبـات، ص 28، الطبعة الثالثة الجديدة، 1998م، منشورات دار الحلبي الحقوقية، بيروت.

وقد أشار عبد الحميد الأحدب إلى رأي المرحوم السنهوري: راجع: الأحدب، التحكـيم فـي الـبلاد العربية، ص 82

2 الأحدب، التحكيم أحكامه ومصادرة، جـ 1، ص 82

دافع اليوم في اللجوء إلى التحكيم، كان يقابلها دافع آخر فيما مضى وهو الجنوح إلى حل النزاعات بشكل ودي، وهو ما لا يعبر عنه بالضرورة الاندفاع نحو التحكيم في عصرنا، فإن كان هو الدافع فيما كثر أو قلّ من قضايا التحكيم المعاصـرة إلا أنـه ليس بالضرورة الدافع الرئيسي، بقدر ما يكون الدافع هو تجنب اللجوء إلى القضاء الوطني ليجد أحد الخصوم نفسه أمام قانون غريب عليه وخاصة في عقود التجـارة الدولية، مما يجعل شرط الكتابة جد مهم في مثل هذه العلاقات الدولية الخاصة، على أنه تبقى الخشية من حيث المبدأ من مسألة التأخر في فض النزاع مطروحـة دائمـا بطبيعة الحال.[1]

إن الأمر بالنسبة للتحكيم في العصر الحالي تجاوز مسألة كون الكتابة لا بـد منها لإثبات اتفاق التحكيم، بل إن قوانين التحكيم المعاصرة التي أخذت عن القـانون النموذجي (اليونسترال) جعلت من الكتابة شرط صحة [2]

في المقابل كان ينتظر من مجمع الفقه الاسلامي على الأقل أن يشترط الكتابة كدليل لإثبات اتفاق التحكيم، إلا أن مراجعة الاجتهاد الحـديث لـدى مجمـع الفقـه الإسلامي[3] يبدو منه أنه لم يخرج عن إطار التقليد دون الولوج إلى ما يمكن تسميته بالضرورات المعاصرة وأولها تعقد وتشعب العلاقات وتنوعها وكثرتها، حيث أشار مجمع الفقه الإسلامي في اجتهاده الجماعي ما مفاده ضمنا: أن الأصـل فـي عقـد التحكيم أنه رضائي ولم يتم التطرق إلى كون الكتابة أمرا واجبا أو شـرطا لإثبـات اتفاق التحكيم.

---

1 راجع الجمال وعكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، وما ذكر لديهما عـن هـذا الموضوع في الفصل التمهيدي

2 انظر على سبيل المثال لا الحصر المادة 10 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لـسنة 2001 (أ. يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا، ويكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه مـستند وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو عـن طريـق الفـاكس أو التلكس أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة والتي تعد بمثابة سجل الاتفاق. ب. ويعد في حكـم الاتفاق المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أي وثيقـة أخـرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد)

3 قرار مجمع الفقه الإسلامي المشار إليه في هذا البحث

ويرى الباحث - أن مقتضيات استلهام ضرورات العصر، وتغير طبيعة المجتمع، وتعقد العلاقات القائمة على حركة التجارة سواء تعلق الأمر بمعاملات داخلية أو خارجية وشمول أعمال كثيرة بصفة التجارية، كل ذلك لا يمكن أن يقارن بحركة التعاملات و التجارة في العصور المتقدمة ومن ثم أكساء نفس الأحكام على اتفاق التحكيم في كلا الزمنيين، فالماضي له ظروفه ومسوغاته الواقعية والاجتماعية والاقتصادية التي أوحت بترك بعض الأمور التي لم تكن تقدم أو تؤخر ذكرت أم لم تذكر، وبين حاضر هو الآخر له معطياته التي تحتم الأخذ ببعض الأمور ومنها الكتابة كشرط لإثبات التحكيم بعد أن كان تركها أمرا لا يمكن أن يترتب عليه مثل ما يترتب على تركه في الوقت الحالي من نتائج، خصوصا أن الكتابة مشروعة من حيث الأصل لإثبات الديون وجميع الحقوق.

يقول تعالى في محكم تنزيله **يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه [البقرة، الآية: 282]**

هذا مع اعتقادي أن ما ذكر في الآية يشمل كل عملية قد يترتب عليها مساس بالذمة المالية وخاصة في العصر الحالي والأمر لا يحتاج إلى قياس بقدر ما يحتاج إلى فهم أن الشريعة صالحة لكل زمان شريطة أن تكون هناك فاعلية لفقه يتحفز باتجاه سياسة شرعية في مستجدات الأمور وهو فقه بالضرورة مستلهم لروح العصر، ولا يقدح في ذلك القول: أن القرآن ذكر أنه يجوز إثبات التعاملات التجارية بالشهادة، لأن هذا التوجه في القرآن هو بخصوص التعاملات التجارية وليس بخصوص التحكيم.

يبقى القول إن أعراف التجارة في العصر الحالي لا يمكن أن تحفل بالادعاء بوجود اتفاق على التحكيم غير وارد في وثيقة مكتوبة سواء بصورة شرط أو بصورة مشارطة تحكيم، ذاك أن الأمر ليس بالأمر السهل ولا بالأمر الذي يمكن أن يثبت بشهادة شهود خصوصا في العلاقات الخاصة المبنية على العقود الكتابية وعلى الرسائل المتبادلة وعلى عقود في الغالب هي عقود نموذجية في مجال التجارة الدولية خصوصا.

لذا فإن الفقه الإسلامي الحديث وعند التطرق لمسألة الإثبات عموما عليه أن يراجع معطيات العصر باتجاه أخذ مواقف محددة من البينة الكتابية في بعض التعاملات ومنها اللجوء إلى التحكيم، خاصة أن الفقه الإسلامي وفي معرض تناوله لهذا الأمر أشار إلى ضرورة التوثق من إثبات حكم المحكم والإشهاد عليه حتى لا يتم جحوده، وعليه فإنه من باب أولى أن يتم توثيق اتفاق التحكيم كتابة.

أما في **نظام التحكيم السعودي** فإنه لا يوجد ما يشير إلى اشتراط الكتابة ابتداء لإثبات العلاقة الأصلية، وبالتالي إثبات وجود شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم، مما يضع علامات استفهام في حال افتراض أن نكون أمام دعوى أصلية منظورة أمام القضاء فيتم الدفع بوجود شرط التحكيم ويقدم على هامش الدعوى بينة شخصية على وجود شرط التحكيم بين المدعي والمدعى عليه، فماذا سيكون موقف المحكمة خصوصا إذا كان الدفع متضمنا شهادة معتبرة حول وجود الشرط وتحديد النزاع وتسمية المحكمين؟

برأي الباحث أن هذه المسألة يمكن أن تثار بكل بساطة أمام القضاء العام في المملكة بخصوص أي دعوى غير تجارية لأن الدعاوى التجارية تنظر من قبل ديوان المظالم وليس من قبل القضاء العام.[1]

يمكن القول إجابة على السؤال السابق: إن المحكمة لا بد أن تستجيب لمثل هذا الدفع، ولكن ما هو القرار الذي يمكن تصوره بناء على فلسفة نظام التحكيم ولائحته التنفيذية فيما يخص الاتفاق السابق والاتفاق اللاحق؟ هل سيتم إصدار قرار بلزوم الاتجاه إلى التحكيم وإلزام الخصوم بإعداد وثيقة التحكيم للمضي بالبدء في العملية التحكيمية؟ هل يمكن القول إن الحل المتبع بالنسبة للدفع بوجود اتفاق على

1 من المفترض أن يكون هناك قضاء تجاري بدوائر متخصصة داخل القضاء العام إيذانا بأن يقتصر دور ديوان المظالم على القضايا الإدارية وذلك وفقا لنظام القضاء الجديد إلى انه ولغاية الآن لم يتم تفعيل هذا النظام بانتظار اشتراع الأنظمة اللازمة وخاصة إعداد قضاء مؤهل كي يباشر نظر القضايا التجارية – طبعا الافتراض السابق يتعلق بعلاقة مدنية لا تجارية، أما العلاقات التجارية فمن الواضح من منطوق نصوص النظام انه لا بد من مراعاة العرف التجاري

التحكيم لم يتم كتابته يعامل نفس معاملة الدفع بشرط التحكيم غير المكتوب والذي لم يتم فيه تعيين المحكم باسمه؟

تبدو الإجابة على تلك الأسئلة غاية في الصعوبة مردها عدم الوضوح في نظام التحكيم من حيث النص على الوثيقة التحكيمية، وهو ما سبق الإشارة إليه آنفا، لنصل إلى نتيجة مفادها أن شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم وفقا لمنظور النظام يمكن أن يتم التعامل معهما بدون وجود الكتابة، وان الكتابة ما هي إلا إجراء يترتب على صدور قرار بوجود التحكيم حيث تصاغ وثيقة التحكيم فيما بعد على الوجه الذي تم الإشارة إليه في الجزء المتقدم من هذا البحث.

إن هذا الأمر لا يمكن التسليم به في القضايا التجارية، ولا في مضمار التحكيم التجاري الدولي إذا كان التحكيم وفقا لنظام التحكيم السعودي، حيث يغدو عصيا على أي محكمة تجارية أن تضرب بعرض الحائط أعراف التجارة والتوجه الحديث في قوانين التحكيم التي تشترط إثبات شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم بالكتابة أو بأية وثائق أو مراسلات صريحة تدل عليه يمكن من خلالها إثبات وجود الرضا على التحكيم[1]

لذا فإن الباحث وان كان يدعوا إلى تقنين قواعد الإثبات في الشريعة الإسلامية عموما، فإنه يحسن بالمشترع السعودي في إطار نظام التحكيم أن لا يكتفي بالنص على الوثيقة التحكيمية التي تفترض أن الأطراف متفقون وان الوثيقة مكملة لاتفاقهم وهي وثيقة مكتوبة بل، لا بد من أخذ موقف واضح من مسألة أن يتم إثبات الشرط التحكيمي أو الاتفاق التحكيمي بمستندات مكتوبة.

---

[1] انظر على سبيل المثال المادة (10) من قانون التحكيم الأردني التي جاء فيها:

أ. يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه مستند وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو عن طريق الفاكس أو التلكس أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة والتي تعد بمثابة سجل للاتفاق.

ب. ويعد في حكم الاتفاق المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد.

على أن الاستنتاج بأن المشترع السعودي اشترط الكتابة في اتفاق التحكيم أمر لا سند له من النظام، والممارسة القضائية ربما هي السبب في القول بـان النظـام اشترط الكتابة، فالكتابة جاءت في معرض فلسفة نظام التحكيم ومفهومه عن اتفـاق التحكيم، ولا يتعلق الأمر بمفهوم التوثيق، والباحث وان كان يسلم بوجود حديث عن الكتابة للوثيقة التحكيمية،إلا انه تسليم وفقا لواقع التحكيم ونصوصه لا لواقع قـانوني يتعلق بفكرة وجوب التوثيق، بقدر ما أن الكتابة أو التوثيـق فـي نظـام التحكـيم السعودي هي من باب تحصيل الحاصل للبدء بعملية التحكيم وثبوت التولية للمحكـم من قبل القضاء رسميا، حيث لم يشر النظام من قريب أو بعيد إلى أنه لا اتفـاق ولا شرط تحكيم ما لم يكن مكتوبا.

3.2 نطاق التحكيم (محله) بين الشريعة والنظام السعودي:

1.3.2 نطاق التحكيم في الفقه الإسلامي بين السلف والخلف:

إن المتتبع لموضوع التحكيم في الشريعة الإسلامية ليجد أن مـا اثـر عـن الرسول ﷺ كما ذكر آنفا قد اقر بالتحكيم في العموم دون دخول إلى تفاصيل ما يمكن أن يكون محلا للتحكيم من عدمه،[1] ولذا كان للفقه الإسلامي آراءه في هذا المجال.

إن التأصيل للآراء الفقهية وخاصة المذاهب السنية قد كان محل جهد لعدد من الباحثين في هذا المجال وذلك بالاعتماد على ما جاء في بطون كتب الفقه الإسلامي وخاصة الفقه السني المتمثل بالمذاهب الأربعة وهي الحنفيـة والمالكيـة والحنبليـة والشافعة.

وإن المتتبع لهذا الشأن ليجد عشرات الآراء في هذا الموضوع [2] عموما وفي محله ونطاقه خصوصا، بحيث يمكن القول أن مسألة التحكيم هي مسألة فقهية مـن الطراز الأول. وما بين الفقه التقليدي والفقه المعاصر ربما يجد الباحث خير معـين

---

1 مشار إليه في الفصل الأول

2 النشمي،.عجيل جاسم النشمي، التحكيم والتحاكم الدولي في الشريعة الإسلامية، بحـث مقـدم علـى هامش لمؤتمر الدورة التاسعة العادية للمجلس الأوروبي للإفتاء المنعقد في فرنسا في أيلول من عام 2009م، والبحث منشور على موقع المجلس على شبكة الانترنت.

حيث يمكن الوقوف على هذه الآراء وتعددها حتى داخل المذهب الواحد بخصوص نطاق التحكيم.

على الخروج بنظرة تشير بوضوح إلى أن الأمر يتعلق بالاختلاف في الآراء تبعـا لتغير الظروف والأزمان، وإن الباحث ليجد وبحق مكانا هاهنا لعبارة مثـل عبـارة جمال عطية في معرض حديثه عن تقليد أسلافنا من الفقهاء حيث يقول:(إن التقليـد من قبل المتخصصين مفاده أن نقلد أسلافنا العظام في أنهم عاشوا عصرهم وأبدعوا فيه، لا أن نقلدهم في التقيد بآرائهم والانصراف عن الإبداع لعصرنا، وأما بالنـسبة لغير المتخصصين فإنه يجب أن يضاف إلى كتب التراث عند إعادة طباعتها حواشي بالاجتهادات الجديدة في المواضيع التي تختلف فيها الاجتهادات، عـن أراء الفقهـاء الأقدمين). [1]

وما أورده عطية من عبارات ربما تكون الأنـسب فـي مجـال توصـيف الاختلاف في النظرة إلى مسألة التحكيم من حيث نطاقه بين الماضـي والحاضـر. والماضي حسب فهم الباحث ليس ماضيا يمكن دثره بقدر ما هو ماض يمكن البنـاء عليه وتطويره وفقا لمعطيات العصر الحالي، وأما الحاضر فهو فقه متجدد يستوعب روح العصر ويستلهم المبادئ التي قامت عليها الآراء الفقهية التقليدية بنـاء علـى مبررات موضوعية وسياق تاريخي واجتماعي واقتصادي، وأما على صعيد التجارة الدولية فيبدو أن أعراف التجارة الدولية لا بد أن تؤخذ أيضا في الاعتبار.

ووفقا لما سبق فإن للعوامل الاجتماعية والأعراف الـسائدة فـي العـصور المتقدمة بعد مجيء الإسلام الدور الحازم في التأثير على كل مـا هـو رأي محـل

---

1 لمزيد من الاطلاع على ما قيل في هذا الموضوع راجع: عطية والزحيلي، تجديد الفقه الإسلامي - حوارات لقرن جديد، ص 21، ط 1، 2000م، دار الفكر، بيروت لبنان.

ويضيف عطية في معرض حديثه عن الحاجة إلى تقديم اجتهادات في المسائل المستحدثة:- (وهـذا أصبح مقبولا في الحس الإسلامي العام منه والعلمي، لأنه النتيجة الحتمية لقاعدة صلاحية الإسـلام لكل زمان ومكان، المنبثقة عن كونه الدين الخاتم وكونه للناس كافة ولقاعدة أن النصوص متناهيـة والأحداث غير متناهية التي تكلم فيها كثير من العلماء والتي عبر عنها بشكل صريح سؤال الرسول صلى ا عليه وسلم، لمعاذ:فإذا لم تجد ؟ ورد معاذ رضي ا عنه " اجتهد رأيي " وإقرار الرسول له.)

اجتهاد فقهاء الشريعة الإسلامية[1]، أضف إلى ذلك الاختلاف في الفهم بين المـذاهب السنية الرئيسية وداخل إتباع المذهب الواحد.

ودخولا إلى موضوع نطاق التحكيم في الفقه الإسلامي مع التأكيـد علـى أن المسألة مسألة فقه ابتداء نجد أن من بحث في هذا الموضوع وهم كثر قد توصـلوا من خلال البحث في الفقه الإسلامي[2] إلى أنه لا خلاف بين الفقهاء في جواز التحكيم في الأموال والحقوق المالية إلا أن الخلاف كان حول التحكيم فيمـا عـدا الأمـور المالية،[3] ومن تتبع الأبحاث التي تطرقت لهذا الموضوع والتي فصلت آراء الفقهـاء وخلافهم حول ما يجوز التحكيم فيه وما لا يجوز فيه التحكيم نجد[4] أن الخلاف كـان يتمحور حول جواز التحكيم في الأمور التالية:

1. ما فيه حق خالص تعالى كالتحكيم في الحدود كحد الحرابة.

---

1 القرضاوي، يوسف القرضاوي، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية مع نظريات تحليلية فـي الاجتهـاد المعاصر، ص 107، ط 1، 1996م، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت

يقول القرضاوي: " فليس صحيحا أن الأول (يقصد فقهاء السلف) لم يترك للآخر شيئا، بل الـصحيح ما قاله أهل التحقيق:كم ترك الأول للآخر ! بل كم فاق الأواخر الأوائل ! ولا تقتصر إعادة النظـر هذه على أحكام (الرأي) أو (النظر) وهي التي أنتجها الاجتهاد فيما لا نص فيه. بناء على أعراف أو مصالح زمنية لم يعد لها الآن وجود أو تأثير، بل يمكن أن يشمل بعض الأحكـام التـي أثبتتهـا نصوص ظنية الثبوت كأحاديث الآحاد، أو ظنية الدلالة، وأكثر نصوص القران والسنة كذلك. فقـد يبدو للمجتهد اليوم فيها فهم لم يبد للسابقين، وقد يظهر له رأي ظهر لبعض السلف أو الخلـف، ثـم هجر ومات. لعدم الحاجة إليه حينذاك، أو لأنه سبق زمنه، أو لعدم شهرة قائله، أو لمخالفته للمألوف الذي استقر عليه الأمر زمنا طويلا أو لقوة المعارضين له، وتمكنهم اجتماعيا أو سياسيا، أو لغيـر ذلك من الأسباب.

2 منهم على سبيل المثال لا الحصر قحطان الدوري وة فاطمة العوا محمود السرطاوي و عبـد ا آل خنين

3 السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص 41

4 لمزيد من التفصيل في موضوع الخلاف بين المذاهب الأربعة في نطاق التحكيم أو محلة راجع:

وزارة الاوقاف، الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 10، ص239 – 242

وراجع: آل خنين، التحكيم في الشريعة...، ص 47-53.

وراجع: السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص 41.

وراجع أيضا، العوا، عقد التحكيم في الشريعة والقانون، ص 45

2. ما فيه حق وحق للعباد كالقصاص مثلا.
وهذان المحوران كانا محل الخلاف.

وأما الآراء الفقهية التي أنزلت المحكم منزلة القاضي فلم تعر لهذا الموضوع أي اهتمام فكان التحكيم جائزا في كل الأمور.[1]

ويمكن تلخيص الآراء الفقهية حسب المذاهب الأربعة بالمجمل على ما فيها من خلاف داخل المذهب الواحد إلى التالي:[2]

أولا: أن جمهور الفقهاء ذهب إلى عدم جواز التحكيم فيما هو حق خالص تعالى كحد الزنا وشرب الخمر والسرقة والحرابة.[3]

وهنا تجدر الإشارة إلى أن استعمال مصطلح الحق الخالص ترادف إلى حد كبير مع ما اصطلح عليه حديثا بالحق العام الذي لا يمكن التصالح بشأنه وبالتالي لا يجوز التحكيم فيه وان ارتبط به حق خاص لا يؤثر النزول عنه أو التصالح عليه على مسألة بقاء الحق العام قائما بدعوى مستقلة تقتضي المضي فيها، والفارق بين الاثنين أن الأنظمة الحديثة عرفت ما يسمى بالعفو العام بضوابطه

---

1 فظاهر كلام احمد أن التحكيم يجوز في كل ما يمكن أن يعرض على القاضي من خصومات حتى مع وجود قاض في البلد، وقال القاضي أبو يعلى بجواز التحكيم في الأموال خاصة، وأما النكاح والقصاص والحد فلا يجوز فيها التحكيم لأنها مبنية على احتياط فلا بد من عرضها على القاضي للحكم، وهنا يلاحظ أن رأي المتقدمين وسع في النطاق بينما رأي المتأخرين ضيق من النطاق وهو برأي الباحث مرتبط بطبيعة المجتمع وشخصية من يحكّم فيه، وللاطلاع على هذا التنوع بين القديم والحديث في نطاق التحكيم لدى الحنابلة كمثال راجع: وزارة الاوقاف، الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 10، ص 239- 241. وكذلك انظر: ابن قدامه، الكافي في فقه احمد بن حنبل، جـ 4، ص 224.

2 العوا، عقد التحكيم في الشريعة والقانون، ص 245- 256.

وقد أوجزت بتفصيل واختزال كبيرين معظم خلافات الفقهاء في مسالة التحكيم وبطريقة عصرية وقد اقتبست طريقتها وتبويبها بتصرف بعيدا عن النسق الكلاسيكي الذي عادة ما يطرح فيه هذا الموضوع.

3 السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص 41.

حسب كل نظام تشريعي، بينما الشريعة الإسلامية لا مجال فيها للعفو في الجـرائم المتعلقة بحقوق ا ابتداء.[1]

ثانيا: أن المسائل التي فيها حق وحق للعبد كالقصاص والقذف والنكاح والطـلاق والتعازير فقد كانت محل خلاف بين المذاهب الفقهية السنية بين مجيز ومانع للتحكيم فيها.[2]

ثالثا: أن المذهب اللافت من بين المذاهب السنية هو المذهب الحنبلي، فرأي جمهـور الحنابلة يقول بجواز التحكيم في كل ما يرفع إلى القاضي المولى من قبل الـسلطان بما في ذلك الحدود،[3] مع منع أبي يعلى الفراء للتحكيم في الحدود.[4]

ولا خلاف بين جمهور الحنابلة وبين المالكية سوى أن المالكية لـم يجيـزوا التحكيم فيما هو حق ابتداء، فإن وقع التحكيم فيما هو حق وكان موافقا للشرع نفذ حكم التحكيم.[5]

وهنا فإن ذهاب الحنابلة هذا المذهب لا يمكن تفسيره إلا من خـلال إنـزالهم المحكم منزلة القاضي واشتراطهم فيه ما يشترط في القاضـي المـولى مـن قبـل السلطان.[6]

---

1 رغم ذلك نجد أن عمر رضي ا عنه قد أوقف العمل بحد السرقة في احد الأعوام (عـام) وذلـك برأي الباحث إحدى أولى تطبيقات العفو العام، أو هو تطبيق من تطبيقات أسباب التبرير، إذ لا يكلف ا نفسا إلا وسعها العام ضمن مبرر له ضوابطه وأولاها أن الضرورات تبـيح المحظـورات دون تعسف في تفسير معنى الضرورة.

2 السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص 41

3 تم الإشارة إلى ذك في الهوامش السابقة

وكذلك:السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص 41

4 تم الإشارة إلى ذك في الهوامش السابقة، كذلك انظر: السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسـلامية، ص 41.

5 وقد ذهب السرطاوي إلى أن التحكيم جائز في المسائل المتعلقة بالنظام السياسي للدولة كتعيين الخليفة عند الاختلاف مستدلا بما قام به أهل الشورى من تحكيم لعبد الرحمن بن عوف في الخلافة بعد وفاة عمر بن الخطاب رضي ا عنهم جميعا، انظر: السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسـلامية، ص 41

6 راجع شروط القاضي في الفقه الإسلامي عموما والفقه الحنبلي خصوصا لدى:

من كل ما تقدم فإن مسألة نطاق التحكيم ومحله كانت محل خلاف بين فقهاء المذاهب السنية عموما لأسباب تتعلق بما يمكن أن يكون حقا وحقا للعباد وفي ما يمكن أن يشترطه المذهب من شروط في المحكم نفسه.

ويعتقد الباحث أن نطاق التحكيم والخلاف حوله ضيقا واتساعا تكمن علته في الاختلاف بين الفقهاء في شروط المحكم، فيمكن أن نلحظ أن الآراء الفقهيـة التـي وسعت من نطاق التحكيم تقترب في الشروط المطلوبة في الحكـم مـن الـشروط المطلوبة في القاضي والعكس صحيح كل ذلك في صورة علاقة طردية بين نطـاق التحكيم وشروط المحكم، حتى إن بعض الفقه عندما تطرق إلى ما يجوز التحكيم فيه يذكر بالترافق مع هذا الأمر شخص المحكم في العملية التحكيميـة، كقـول بعـض الشافعية " أن التحكيم يجوز بشرط عدم وجود قاض في البلد " أي القاضي المعـين من قبل السلطان.[1]

إن اظهر مثال على ما تقدم ما قال به الشافعية أيضا حيث يبدو الربط واضحا بين نطاق التحكيم ومحله والشروط المطلوبة في المحكم فقيل " لو حكـم خـصمان رجلا في غير حد من حدود ا تعالى جاز مطلقا بشرط أهلية القضاء"[2]

ثم نجد الصورة تتضح باتجاه ما أشار إليه الباحث إذا ما تم التطرق إلى مـا قيل من آراء للحنفية على الخلاف بينهم، حيث يبدو أن تضييق النطاق للتحكيم ارتبط بتخفيف حدة الشروط المطلوبة في المحكم، حتى وصلوا إلى إجازة تحكيم المرأة في

شموط، حسن تيسير شموط، العدالة القضائية في الإسلام وتطبيقاتها في الشريعة الإسلامية، ص 72-92، ط 1، 2006م، دار النفائس، عمان، الأردن

1 وزارة الاوقاف، الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 10، ص 240

2 الشربيني، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا بـن يحيى بن شرف النووي الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، جـ 4، ص 506، طـ (بدون)، 1997م، دار المعرفة، بيروت

الأموال[1] وهذا الرأي يمكن ربطه مع ما سبق للتدليل على ما أشير إليه إذا ما عرف أنه وفقا للحنفية وباتفاق الروايات عندهم أنه لا يجوز التحكيم في الحدود. [2]

على أنه يجدر بالقول إنه لا يمكن ضبط قول واحد في المذهب الواحد على اختلاف الأزمنة بين متقدمي المذهب ومتأخريه، ومن يعتقد هذا فإنه جاهل في معنى الاجتهاد وكيفيته وفق كل عصر، وإذا قيل اتفق الأحناف، أو اختلف الأحناف أو الحنابلة فذاك يتعلق بأصول كل مدرسة، بمعنى أن الخلاف حدث رغم أن أصول الأدلة لديهم وترتيبها وفق مدرستهم محل اتفاق، ومع ذلك تختلف الاجتهادات ولكن باختلاف العصور،[3] لذا فقد قيل وبحق:" أنه إذا كان علماؤنا السابقون قد قرروا تغير الفتوى بتغير الزمان رغم رتابة الحياة وسكونها إلى حد كبير في العصور الماضية، حتى قيل في الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه:- هذا اختلاف عصر وزمان وليس خلاف حجة وبرهان، فكيف باختلاف عصرنا عن عصور أئمة الاجتهاد؟ بل كيف يكون مدى هذا الاختلاف عن عصور المتأخرين من الفقهاء مثل ابن عابدين الحنفي (ت 1255هـ) أو ابن الصاوي المالكي (ت 1241هـ) أو الشوكاني المجتهد المطلق (ت 1255هـ) برغم قرب عصرهم من عصرنا بحيث لو بعث أحدهم ورأى عالمنا وما وجد فيه لقال هذا عالم جن وشياطين).[4]

وكل ما يروم إليه الباحث مما سبق هو أن النسق الذي سار عليه قرار مجمع الفقه الإسلامي من تضييق واضح لنطاق التحكيم وما يجوز أن يكون محلا له تمشيا مع معطيات وواقع العصر الحالي، وتمشيا مع مفهوم الدولة المعاصرة لا يتناسب مع ما قيل من شروط قررها في المحكم، وبشكل لا يتوافق مع نفس النسق الذي سارت عليه المذاهب الفقهية على الأقل بالنسبة لكل مذهب على حده في مسألة

---

1 الشيخ نظام وآخرون، الفتاوى الهندية، جـ 3، ص 398، حيث جاء فيها: " أن التحكيم ينبني على الشهادة والمرأة تصلح شاهدة فيما سوى الحدود والقصاص فتصلح حكما ولا تصلح شاهدة في الحدود والقصاص فلا تصلح حكما "

2 وزارة الاوقاف، الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 10، ص 239

3 وكم من القوانين في الدول الغربية يتم تعديلها بعد تبني الفقه لاجتهاد مخالف لاجتهاد قديم لديه

4 القرضاوي، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، ص 102.

الموازنة بين نطاق التحكيم والشروط المطلوبة في المحكم وفق العلاقة التي أشـير إليها.[1]

أما في العصر الحالي وأمام وجود ما يسمى بالتحكيم التجاري الـدولي فـإن الأمر يتطلب ليس فقط التأصيل لمسألة عمومية تشير إلى جواز التحكيم في المسائل التجارية من حيث المبدأ، لأن التأصيل لهذا الأمر يتعلق بمسألة أخرى طرأت فـي مجال التحكيم وهي مسألة حرية اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على محل النزاع التحكيمي سواء ورد النص على هذا الأمر في شرط تحكيم أو في مـشارطة تحكيم مستقلة، مع التأكيد على أن الأمر يتعلق بتحكيم هو بالضرورة في أمور يجوز فيها الصلح، وهنا كان من الضروري تسليط الضوء علـى رأي الفقـه الإسـلامي المعاصر في هذا الموضوع، لأن المسألة متروكة للفقه ليبقى بقيـة الأمـر مناطـا بالمشترع في إطار النسق العام للسياسة الشرعية التي أخذت طابع إصدار القـوانين والأنظمة في ظل الدولة المعاصرة.

وهنا فقد أدلى مجمع الفقه الإسلامي برأيه في موضوع التحكيم فـي قـراره المشار إليه آنفا في هذا البحث حيث ورد في الفقرة الثالثة ما يلي:

(لا يجوز التحكيم في كل ما هو حق الله تعالى كالحدود، ولا فيما استلزم الحكم فيـه إثبات حكم أو نفيه بالنسبة لغير المحتكمين ممن لا ولاية للحكَم عليه، كاللعان، لتعلق حق الولد به، ولا فيما ينفرد القضاء دون غيره بالنظر فيه. فإذا قضى الحكم فيما لا يجوز فيه التحكيم فحكمه باطل ولا ينفذ) وأما الفقرة الرابعة من القرار فقد جاء فيها ما نصه (يشترط في الحكم بحسب الأصل توافر شروط القـضاء) وأمـا الفقـرة السادسة فقد جاء فيها ما نصه:(إذا لم تكن هناك محاكم دولية إسلامية، يجوز احتكام الدول أو المؤسسات الإسلامية إلى محاكم دولية غير إسلامية، توصلاً، لما هو جائز شرعاً)

---

1 شروط الشهادة وشروط القاضي سيأتي البحث عليها لاحقا ولمزيد من الاطلاع وملاحظة أن المذهب الحنفي قد خفف من الشروط المطلوبة في القاضي على خلاف بقية المذاهب السنية راجع: شـموط، العدالة القضائية في الإسلام وتطبيقاتها في الشريعة الإسلامية، ص 72- 92.

ورب قائل إن التطرق إلى الفقرتين الرابعة والسادسة ليس هـذا موضـعهما وأنهما لا تتعلقان بالجزئية المتعلقة بما يجوز أو لا يجوز التحكيم فيه.

- وبرأي الباحث - فإن الأمر عندما يتم التطرق فيه إلى مناقشة اجتهاد حديث فلا بد من معرفة مدى ارتباطه بالاجتهاد القديم، وهل هو تقليد محض لم يأت بجديد، أم أنه اجتهاد جديد في شكل إجماع، أم هو ترجيح وفق آلية عمل جماعية للأرجح عقليا وعمليا[1]في محاولة لمعرفة علة الاجتهاد الجديد مستحضرين ما قيـل أنـه اجتهـاد وضحت علته لدى السلف وغابت عنه على ما يبدو لدى الخلف؟

وعليه فإن ما يهم المتتبع لهذا الأمر في إطار نطاق التحكـيم ومجالـه فـي الشريعة الإسلامية هو النقطة الثالثة – ولزوم بحثها ابتداء- والتـي أشـار فيهـا المجمع باجتهاد جماعي إلى أنه: لا يجوز التحكيم في كل ما هـو حـق تعـالى كالحدود، ولا فيما استلزم الحكم فيه إثبات حكم أو نفيه بالنسبة لغير المحتكمين ممن لا ولاية للحكم عليه، كاللعان، لتعلق حق الولد به، ولا فيما ينفرد القضاء دون غيره بالنظر فيه. فإذا قضى المحكم فيما لا يجوز فيه التحكيم فحكمـه باطـل ولا ينفـذ، وبالتالي البناء على هذا كله بالقول إنه:

1. من خلال استقراء قرار المجمع المشار إليه فإن التحكيم جائز في الأمور المالية وفي كل ما يجوز فيه الصلح
2. أنه لا يجوز التحكيم في كل ما فيه حق ، واستخدام هذا المصطلح هو مجاراة للفقه التقليدي، وبرأي الباحث فإن المجمع اخرج قضايا الحدود كالسرقة والزنـا

---

1 القرضاوي، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، ص 107 و 108.

حيث يقول القرضاوي: " وينبغي أن يكون الاجتهاد في عصرنا اجتهادا جماعيا في صـورة مجمـع علمي يضم الكفايات الفقهية العالية ويصدر أحكامه في شجاعة وحرية بعيدا عـن كـل المـؤثرات والضغوط الاجتماعية والسياسية، ومع هذا لا غنى عن الاجتهاد الفردي، فهو الذي ينير الطريق أمام الاجتهاد الجماعي، بما يقدم من دراسات عميقة، وبحوث أصيلة مخدومة، بل إن عملية الاجتهاد في حد ذاتها عملية فردية قبل كل شيء.ويضيف... إن الاجتهاد الذي ننشده ونـدعو إليـه – بقيـوده وشروطه المشروعة – يمثل حاجة، بل ضرورة لحياتنا الإسلامية، وعلاج مشكلاتنا المعاصرة وإلا أصيبت حياتنا بالجمود والعفن أو بحثت لأدوائها في الغالب – عن علاج من غير صيدلية الإسلام، فان جمودنا ووقوفنا في موضعنا، لا يوقف الأفلاك عن الحركة، ولا الأرض عن الدوران ! " انتهى

وشرب الخمر والتعزيرات من مجال التحكيم، ولم يوضح المجمع موقفه من مسألة التحكيم فيما فيه حق مشترك وللعبد كقضايا القصاص. وبما أن قرار المجمع قد جاء مطلقا في عدم جواز التحكيم في كل ما فيه حق تعالى فإن هذا يقتضي ترك المطلق على إطلاقه بمعنى أنه لا يجوز التحكيم في كل ما فيه حق ولو كان فيه حق مشترك للعبد، وهو انحياز إلى الراجح في الفقه الإسلامي التقليدي.[1]

---

1 فما لا يجوز التحكيم فيه عند الحنفية هي كل حد من حدود ا تعالى لان الحق الغالب فيها هو حق تعالى كحد الزنا والمسكر وحد السرقة لان استيفاء هذه الحدود للأمام أو نائبه، ولان استيفاء الحدود والقود في القصاص غير مشروع بالصلح فلا يجوز التحكيم فيها، ولان التحكيم تفويض ولا يصح التفويض إلا فيما يملك المفوض فعله بنفسه كالتوكيل فمن لا يملك إقامة الحد على نفسه لا يملك تفويض إقامته لغيره (مذكور لدى: السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص 38 حيث ينقل عن: داماد أفندي – مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر:كتاب القضاء، فصل التحكيم وابن عابدين:حاشية ابن عابدين، كما أن الحنفية قالوا بعدم جواز التحكيم في دم الخطأ على العاقلة، فإذا حكم في دية الخطأ على العاقلة لم ترض به، وحكم المحكم إنما ينفذ ممن رضي بحكمه، وكذلك لا ينفذ حكمه إن قضى بالدية على القاتل إلا أن يكون القاتل اقر بالخطأ فحينئذ يجوز حكمه بالدية عليه (ومذكور لدى:السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص 38 نقلا عن ابن الهمام، فتح القدير والزيلعي:تبيين الحقائق، وابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار)

كما قال الحنفية بعدم جواز التحكيم في اللعان لأنه قائم مقام الحد (مذكور لدى: السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص 38 نقلا عن ابن نجيم، البحر الرائق 26/7. وأما المالكية فقالوا انه لا يصح التحكيم ابتداء في الحدود والقصاص والقذف والطلاق والعتق والنسب والولاء والرشد والسفه والحبس والوصية صحة وبطلانا – لان هذه من صلاحيات قضاة الأمصار العظام - مذكور عند السرطاوي التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص 39 نقلا عن الخرشي، حاشية الخرشي، 145/7 والزرقاني، حاشية الزرقاني على مختصر خليل، والدردير:الشرح الصغير، ويعلق السرطاوي على ذلك بقوله:- ويلاحظ أن الأمور التي لا يصح فيها التحكيم ابتداء يكون الحق الغالب فيها هو حق ا تعالى.

وكذلك راجع موقف الأحناف من هذا الموضوع في: وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 10، ص 239- 240

3. لا تحكيم فيما يجاوز اثر التحكيم فيه إلى الغير ممن لم يفوض المحكم وضـربوا عليه مثالا اللعان لتعلق حق الولد به.[1]
4. لا يجوز التحكيم فيما ينفرد القضاء دون غيره بالنظر فيه وهنا لم يوضح المجمع المقصود بهذه العبارة، وتفسير الباحث لهذا الأمر أن المجمع يجـاري فكـرة النظام العام في كل دولة إسلامية بحيث لا يجوز التحكيم في كل ما هو منـوط حصرا بالقضاء الوطني في كل دولة، كما أنه انحيـاز إلـى الفقـه الإسـلامي التقليدي الذي نحا إلى تضييق نطاق التحكيم.

ومما سبق يمكن القول أن مجمع الفقه الإسلامي لم يأت بجديد عما قيل فـي نطاق التحكيم في الفقه الإسلامي التقليدي والعلة في قول ذلك هي أن الفقه التقليـدي كانت له دوافعه في التضييق أو التوسع في نطاق التحكيم حسب ظـروف الزمـان والمكان وعلو كعب من يتم اللجوء إليه في التحكيم، فإن كانت هناك آراء توسع في نطاق التحكيم فالعلة في التوسع عائدة إلى شروط المحكم وهـي عنـدهم شـروط القاضي، والآراء التي ضيقت نطاقه لم تشترط ما يشترطه الموسعون فـي نطـاق التحكيم فيما يجب توافره من شروط في المحكم.

---

1 ابن أبي الدم، شهاب الدين أبي اسحق إبراهيم بن عبد ا المعروف بابن أبي الدم الحموي الـشافعي المتوفى سنة 642هـ، "كتاب أدب القاضي" وهو الدرر المنظومات في الأقضية والحكومـات، ص 169، تحقيق محمد مصطفى الزحيلي، ط ـ 2، دار الفكر، دمشق، 1402هـ/ 1982م

يقول صاحب كتاب أدب القاضي:(ثم اعلم أن الحكم بين المتحاكمين في التحكيم لا يتعدى أثره إلـى ثالث غير المتحاكمين إلا في مسالة العاقلة، وهو إذا ما تحاكم إليه اثنان في قتل الخطأ، وقامت البينة على ذلك ففي وجوب الدية على العاقلة وجهان:الأول:(لا تجب، لعدم رضاها) بحكمـه، والثـاني بلى، لان الرضا حصل من القاتل، وهذا الخلاف مبني على أن الدية تجب ابتـداء علـى القاتـل، وتتحملها العاقلة عنه، أو تجب على العاقلة ابتداء.

فإن قلنا: تجب أولا (على القاتل، وجبت هاهنا على العاقلة، وان قلنا تجب أولا على العاقلة، فلا تجـب لعدم رضاهما بها. ثم يضيف وهذه المسالة وان كانت قليلة الوقوع، ولكن أئمتنا ذكروها، وذكروا ما فيها من المسائل، واقتفينا نحن أثرهم، وتبعناهم في ذكرها) وهذا الذي أورده صاحب كتـاب أدب القاضي يشير إلى أن الفقه الإسلامي من حيث المبدأ عرف مسالة عدم تعدي اثر حكم التحكيم إلـى الغير الذي لم يكن ممثلا في الدعوى التحكيمية.

أما وقد بدا من قرار المجمع أن نطاق التحكيم منحصر فيما يجوز فيه الصلح وفقا للتوجه الحديث في التحكيم، فإن العودة إلى القول:(يشترط في الحكم بحسب الأصل توافر شروط القضاء) لا يتناسب مع ما توجه إليه المجمع من تضييق في نطاق التحكيم، على أن العبارة المذكورة في الفقرة الرابعة من قرار المجمع أمر محل نظر – برأي الباحث - من حيث صياغتها، لأننا في الأصل أمام قرار للمجمع بدت منه كل علامات التقليد ولكن دون الانحياز إلى مذهب معين، بحيث يمكن ملاحظة أن تضييق نطاق التحكيم عند الفقه كان يترافق مع تخفيف للشروط المطلوبة في المحكم مما يثير تساؤلا حول مبررات المجمع في التمسك من حيث الأصل بشروط القاضي كشروط مطلوبة في المحكم.[1]

ويرى الباحث أن المجمع كان في غنى عن الظهور بمظهر المردد للآراء الفقهية القديمة بالذكر لمسألة جواز أو عدم جواز التحكيم فيما هو حق الله وما هو حق للعبد، وإذا كان قصد المجمع إصدار قراره في ظل دولة تستمد أحكام قوانينها من الشريعة الإسلامية فكان الأولى القول ولو بشكل إضافة بعبارة مفادها (إن التحكيم جائز في كل ما يجوز فيه الصلح وما يقره ولي الأمر من سياسة شرعية في هذا الخصوص) ذاك أن السياسة الشرعية في ظل أي دولة تستمد أحكام قوانينها بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية تعتبر جزءا من الشريعة، أو كما يقول ابن القيم رحمه الله "ولا نقول إن السياسة العادلة مخالفة للشريعة الكاملة، بل هي جزء من أجزائها، وباب من أبوابها، وتسميتها سياسة أمر اصطلاحي، وإلا فإذا كانت عدلا فهي من الشرع".[2]

فحتى في ظل الخلافة الإسلامية الناقصة كما وصفها المرحوم السنهوري[3]

---

1 وهذا الأمر سيكون له موضعه عند مناقشة مسالة الشروط الواجب توفرها في المحكم

2 إعلام الموقعين عن رب العالمين، للأمام شمس الدين أبي عبد الله محمد ابن بكر المعروف بابن قيم الجوزية، ص 1148، 2006م، دار الكتاب العربي، بيروت.

3 السنهوري، عبد الرزاق السنهوري، فقه الخلافة وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية، ص 219، ط 1، 2008م، منشورات دار الحلبي.

حيث تكلم عن نظرية الخلافة الناقصة ووصف الخلافة الأموية وما بعدها وصولا إلى الخلافة العثمانية بالخلافة الناقصة

فقد كانت هناك سياسة شرعية تعتبر جزءا من الشريعة.[1]

حيث بات من المسلم به حتى بالنسبة للبلدان التي تحكم وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية أنه لا يجوز التحكيم في الحدود أو التعزيرات، وان الأمر بـات متعلقـا بالأمور المالية أكثر من أي أمر آخر وان ما يجب تسليط الضوء عليه هو التحكـيم في الأمور المالية وخاصة التجارية سواء كانت داخلية أم ذات صفة دوليـة وهـو تحكيم لا يتصدى له إلا من كان خبيرا يختاره المتنازعون بناء على خبرته إن كـان فردا وان تعددوا حرص كل فريق على اختيار الأكثر مهنية وخبرة في مجاله.

2.3.2 نطاق التحكيم في نظام التحكيم السعودي ولائحته التنفيذية:

تتضح المعالم التي تحدد نطاق التحكيم وفقا لنظام التحكيم في المملكة العربية من خلال المادة الثانية من نظام التحكيم التي تنص على أنه (لا يقبل التحكـيم فـي المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، ولا يصح الاتفاق على التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف)، وأما المادة الثانية من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي فقد نصت على أنه لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح كالحدود واللعان بين الزوجين وكل ما هو متعلق بالنظام العام).

وبداية لا بد من الإشارة إلى الصياغة التي صيغت بها المادتان المـذكورتان آخذين في الاعتبار أن المشترع السعودي قصد شرحا للمادة الثانية لنظـام التحكـيم السعودي من خلال المادة الأولى من اللائحة التنفيذية، وهنا - يرى الباحـث - أن إيراد كلمة لا يقبل لم تكن ضمن سياق صياغة موفقه ذاك أن مسألة اللجـوء إلـى التحكيم تتطلب اتفاقا في البداية بتراضي أطراف معينة على التحكيم وهذه هي بداية الأمر، فكان حريا بالمشترع السعودي أن يورد الصياغة بعبارة (لا يجوز التحكـيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح) وهي نفس العبارة التي استدرك فيهـا فـي

---

1 على أن الدافع إلى القول بهذا الاقتراح هو ما جاء في بقية فقرات قرار المجمع التي سـآتي عليهـا لاحقا والتي تعتبر في بعض أجزائها ابتعادا عن الآراء الفقهية المرنة في الفقه التقليدي وخاصة فيما يتعلق بلزوم اتفاق التحكيم.

اللائحة التنفيذية التي جاءت اشمل من المادة الثانية من نظام التحكيم حتى لو ذكـر المشترع عبارات تدل على ضرب الأمثلة على بعض الأمور التي لا يجـوز فيهـا الصلح[1] وارى أن المادتين كان بالإمكان وضعهما في مادة واحـدة ضـمن نظـام التحكيم السعودي بالصيغة التالية:(لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيهـا الصلح كالحدود واللعان بين الزوجين وكل ما هو متعلق بالنظام العام).

وأما النص على مسألة الأهلية في اللجوء إلى التحكيم فلا تتعلق بالنطاق بقدر ما تتعلق بشروط صحة عقد التحكيم بدليل أن العبـارة وردت فـي المـادة الثانيـة منفصلة على النحو التالي (لا يصح الاتفاق على التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف الكاملة ولا يجوز للوصي على القاصر أو الولي المقام أو ناظر الوقف اللجوء إلـى التحكيم ما لم يكن مأذوناً له بذلك من المحكمة المختصة)

فما دام الأمر يتعلق بشروط صحة اتفاق التحكيم وترتيب البطلان على عـدم توافر أهلية التصرف لدى أي من أطراف اتفاق التحكيم فكان يمكن إيرادها في فقرة مستقلة.

وأيا كان الأمر فإن المشترع السعودي قد نحا إلى الاتجاه المعاصر في مسألة نطاق التحكيم بالنص على أنه لا يجوز التحكيم فيما لا يجوز فيه الصلح، واسـتدرك بالنص على أنه لا يجوز أن يتم الاتفاق على التحكيم بما يخالف النظام العام حرصا منه على أن لا يفهم أنه يمكن التحكيم في تحديد المسؤولية الجنائية مثلا في مـسائل القصاص لأنها بحسب الأصل ووفقا للمذهب الحنبلي هي من الأمور التـي يجـوز التحكيم فيها إلا أنه وفي ظل الدولة المعاصرة تغدو هذه المسالة من الأمور المتعلقة بالنظام العام.[2]

---

1 يرى بعض الشراح أن ما جاء في المادة الأولى من اللائحة التنفيذية من صور لأمور لا يجوز فيها الصلح إنما ذكرت على سبيل المثال انظر، البجاد، محمد بن ناصر بن محمد البجاد، التحكـيم فـي المملكة العربية السعودية، ص 46-47، ط (بدون)، 1999م، منشورات معهـد الإدارة العامـة، الرياض.

وكذلك: الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص 267

2 على انه لا يوجد ما يمنع من اللجوء برأيي إلى التحكيم في تحديد دية القصاص وذلك بعد أن تتحدد المسؤولية الجنائية للقاتل وهي برأيي لا يمكن تصورها إلا بعد الاتفاق على الصلح والخلاف علـى

وعليه يتحدد نطاق التحكيم في المملكة العربية السعودية وفقا للراجح في الفقه الإسلامي وما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي سالف الذكر من أنـه لا يجـوز التحكيم في كل ما فيه حق سواء كان فيه حق مشترك مع حقوق الناس أو حـق خالص وبذلك يمكن رصد ملامح النظام العام وفقا للاجتهاد الحـديث مـع مـا تقتضيه متطلبات الدولة المعاصرة.

على أنه يمكن ملاحظة أن مسألة عدم جواز التحكيم بما يخالف النظام العـام يكون موضعها هو بطلان حكم التحكيم وفقا للتشريعات الحديثة التي أخـذت عـن القانون النموذجي[1] ولكن يأتي موضعها كما هو في النظام السعودي لإزالـة اللـبس حول مسألة فكرة النظام العام وفقا للتشريع الإسلامي، خصوصا إذا مـا علمنـا أن التحكيم كان مجالا خصبا لاختلاف الآراء على الأقل فـي الفقـه الـسني بمذاهبـه الأربعة، أضف إلى ذلك أن المسألة تتعلق بتدخل القضاء أيضا فـي إقـرار وثيقـة التحكيم سواء وجد اتفاق سابق أو لاحق على اللجوء إلى التحكيم بحيـث لا يمكـن المصادقة على وثيقة التحكيم من قبل المحكمة المختصة بنظر النزاع إذا كان مخالفا للنظام العام وفقا لما استقر عليه القضاء السعودي في عدم جواز التحكيم إلا فيما كان حقا خالصا للعبد تمشيا مع مهام ومفهوم الدولة المعاصرة، باعتبار القضاء صـاحب الولاية العامة في كل ما يمس المصالح العامة للمجتمع وأمنه ومقومات وجوده، على

مقدار الدية لان القضاء في المملكة لا يتدخل في تحديد مقدار الدية وبذلك يخرج مثل هذا التحكـيم عن نطاق نظام التحكيم السعودي، كما انه برأي الباحث تحكيم بالصلح بالضرورة لان قبول الديـة يعني قبول الصلح وما على ولي الدم إلا الحضور أمام المحكمة ليقر بقبول الدية ليتخذ القضاء بعدها المقتضى الشرعي بعدم القصاص من القاتل، ذلك أن الشريعة جعلت لولي الدم سلطانا في هذا الأمر الآية

1 انظر المادة 49/ ب من قانون التحكيم الأردني على سبيل المثال التي تنص علـى انـه " تقـضي المحكمة المختصة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم فيما تـضمن مـا يخالف النظام العام في المملكة أو إذا وجدت أن موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكـيم فيها. راجع القرار رقم 143/ت/4 لعام 1412هـ الصادر عن هيئة التدقيق بديوان المظالم ص 57 من هذا البحث . العبيري، إبراهيم بن سليمان، التحكيم التجاري الدولي والتحكـيم الـسعودي، ص 442، ط 1، 2007م، طبعة خاصة

أن القضاء السعودي قد اعتبر شرط التحكيم بين طرفين سعوديين في الخارج شرطا باطلا باعتبار الأمر متعلقا بالنظام العام حيث قضي (لا يجوز للطرفين السعوديين الاتفاق على التحكيم خارج المملكة) وربما كان مقصود القضاء من خلال هذا الحكم أن الاتفاق على التحكيم من اجل استبعاد تطبيق قواعد القانون الداخلي أمر يخالف النظام العام، إلا أنه لا يمكن الجزم بهذا الأمر على وجه التأكيد وفقا لمنطوق الحكم المشار إليه.

وقد قيل وبحق في التعليق على ما جاء في نظام التحكيم السعودي ولائحته التنفيذية أن التحكيم لا يصح إلا فيما هو حق خالص للعبد، بشرط عدم مخالفة هذا الحق للكتاب والسنة والإجماع، وألا يتعلق بحق شخص آخر خارج عن الخصومة ذاك أن جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بالحق الخالص للعبد، تكمن في حريته في استيفاء هذا الحق أو التنازل عنه برغبته واختياره.[1]

وغير بعيد عن نطاق التحكيم بالنسبة لجوازه للأشخاص المعنوية العامة فإنه وأن بدا المشترع السعودي قد ضيق نطاق التحكيم بالنسبة للجهات الحكومية إلا أن هذا التضييق ليس تضييقا بالمطلق، فشرط اللجوء إلى التحكيم أو وضع شرط تحكيمي في العقود التي تبرمها الجهات الحكومية متعلق بموافقة رئيس مجلس الوزراء حيث تنص المادة الثالثة من نظام التحكيم السعودي على أنه (لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء. ويجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم).

وما سبق الإشارة إليه يعني أن على أية جهة حكومية تود وضع شرط تحكيمي في عقودها كاحتمال أول أو أن تلجا إلى التحكيم في منازعاتها مع الغير سواء كان طرفا داخليا أم خارجيا دون أن يكون هناك شرط تحكيم مسبق كاحتمال ثاني، فإن كلا الحالتين لا بد أن تحضيا بموافقة رئيس مجلس الوزراء تحت طائلة البطلان، وهذا برأي البعض يتعلق بالتحكيم الداخلي مما يثير التساؤل حول دخول

1 العبيري، التحكيم التجاري الدولي والتحكيم السعودي، ص 442.

جهة حكومية في دعوى تحكيمية دولية دون أخذ الإذن من رئيس مجلس الـوزراء فهل يكون هذا الحكم قابلا للتنفيذ داخل إقليم المملكة العربية السعودية؟ [1]

ولا شك أن لجوء جهة حكومية إلى التحكيم وفقا لنظام التحكيم السعودي دون وجود إذن من قبل مجلس الوزراء يعني أن تحكم المحكمة المختصة ببطلان شـرط التحكيم إن تمت إثارته كدفع، وان تقضي ببطلانه الاتفاق على التحكيم وعدم اعتماد وثيقة التحكيم التي لا تحوي تلك الموافقة الخطية.

أما إذا كنا أمام تنفيذ حكم تحكيم أجنبي وفقا لنظـام تنفيـذ أحكـام التحكـيم الأجنبية، فإن السؤال المطروح أمام المحكمة هو:هل لجوء جهة حكومية إلى التحكيم بدون موافقة مجلس الوزراء مقصور على التحكيم الداخلي أم أنه يشمل اللجوء إلـى التحكيم الخارجي، أي خارج المملكة العربية السعودية؟ وهو سؤال يصعب الإجابـة عليه أمام عدم وضوح النصوص.

وأخيرا فإنه إذا ما إذا نظرنا إلى التشريعات الحديثة التي أخذت عن القـانون النموذجي[2] فلا يمكن أن نجد فرقا بين نطاق التحكيم في هذه التشريعات وبين نطاقه وفقا للنظرة المعاصرة للفقه الإسلامي الحديث أو وفقا لما أخذ به المشترع السعودي بعد الموازنة بين المذاهب الفقهية وأخذ ما يتماشى منها مع معطيات العصر.

---

1 يجيب العبيري على ذلك بالقول إن نظام التحكيم السعودي قد صمت عن هذا الأمر ولم يتم الإشـارة إليه من قبل الشراح - راجع: العبيري، التحكيم التجاري الدولي والتحكيم السعودي، ص 445

2 انظر على سبيل المثال المادة 10 من قانون التحكيم الأردني حيث لا يجوز التحكيم فيما لا يجوز فيه الصلح

الفصل الثالث

المحكم

كان الباحث قد توصل إلى أن نطاق التحكيم كان يتسع أو يضيق لدى المذاهب الفقهية وخاصة السنية تبعا للشروط المطلوبة فيمن يتولى القضاء، فكلما كانت الشروط المطلوبة في المحكم أقرب إلى الشروط الواجب توفرها في القاضي اتسع نطاق التحكيم والعكس صحيح تماما.

وما بين وضوح وجلاء الآراء الفقهية للمذاهب السنية الأربعة، وما بين الاجتهاد الحديث لمجمع الفقه الإسلامي يستعرض الباحث ما ذكره هذا الفقه فيما يتعلق بالشروط الواجب توفرها في المحكم، لنعرج بعد ذلك على نظام التحكيم السعودي لمعرفة مدى تأثره بالفقه الإسلامي في محاولة من الباحث للربط ما بين القديم والحديث وما بين الماضي والحاضر بكل متطلباته الواقعية النابعة من واقع التحكيم المعاصر ذاته.

وقبل الولوج إلى مسألة شروط المحكم[1] في الفقه الإسلامي لا بد من الإشارة إلى أن هذه الشروط إنما يتم تناولها من خلال الحديث عن الشروط الواجب توفرها في القاضي.

---

1 يلاحظ أن كتب الفقه عددت كثيرا من الشروط الواجب توفرها في القاضي وقد اقتصر الباحث على ذكر أهم الشروط التي يمكن أن تثير جدلا في الوقت الحاضر وربما ينظر إلى بعض هذه الشروط كشروط مبتعدة عن الواقع، ومن الشروط التي لم يتم ذكرها اشتراط الحرية مثلا لان زمان العبودية ولى فيما يبدو إلى غير رجعه و لمزيد من الاطلاع على شروط القاضي في رأي الفقه الإسلامي راجع:

الداوود: مقال للدكتور ناصر بن زيد بن داوود، بعنوان شروط القاضي بين الحاضر والماضي، عدد جريدة الاقتصادية السعودية رقم 4955 وتاريخ 2007/5/6م، وذات المقال منشور على موقع مركز الدراسات القضائية المتخصصة – حيث يقول (وللباحث أن يرى تَطَور الأقوال في شروط القاضي بنظرةٍ سريعة في كتب الفقه والسياسة الشرعية والقضاء؛ حيث يجد أن أقل الشروط ستة، وأكثرها 15؛ وإن كان في بعضها تداخلٌ مع شروطٍ أخرى..... ولا شك أن تفاوتَ هذه الاشتراطات نتج عن اجتهادات شخصية أولاً، وعن استدراك من اللاحق على السابق ثانياً، فقد يعرض لبعض اللاحقين أن يرى لزوم إضافة شرط بحسب اجتهادٍ متجدد، وقد يرى بعضهم إلغاء شرط قديم بعد أن يستقر لديه أنه غير لازمٍ لأي علة يراها)

فوفقا للمذاهب الأربعة فإنه لا بد أن يكون المحكم أهلا لولاية القضاء، علـى الخلاف بين هذه المذاهب في تحديد عناصر تلك الأهلية، والمراد بأهلية القضاء هنا: الأهلية المطلقة للقضاء، وليس فقط في خصوص الواقعة موضوع النزاع.

إلا أنه يمكن ملاحظة أن بعض الفقه من الشافعية قالوا بإمكانية الاستغناء عن هذا الشرط في المحكم لا بل وذهب بعضهم إلى عدم اشتراطه مطلقـا إلا أن هـذا الرأي للشافعية يغدو لا قيمة له إذا عرفنا موقف هذا المذهب من التحكيم برمته ومن لزوم الحكم بعد صدوره، إلا أن اللافت أن المذهب الحنبلي قد أوضح بجلاء أنـه لا يشترط في المحكم كل صفات القاضي،[1] أما الفقه الإسلامي المعاصر فعندما تطرق إلى موضوع التحكيم كان منطلق الحديث دائما عند تحديد شروط المحكم هو الحديث عن شروط القاضي حيث يؤكد هذا الفقه على أن التحكيم قضاء ووصـفه الـبعض صراحة بأنه مرتبة من مراتب القضاء فلا يتولاه غير المسلم.[2]

وان المتتبع لأقوال الفقه يجد اختلافا في كثير من الشروط ولكن من المؤكـد أن هناك إجماعا على شروط أساسية فيمن يتولى القضاء بين الناس وهذه الشروط لا خلاف عليها وهي: وهي أن يكون القاضي **مسلما، عاقلا، بالغا، حرا**، ويستنتج من ذلك أن بقية الشروط محل خلاف.[3]

وفي إطار البحث في الشروط الواجب توفرها في المحكم فإنه يكون لزامـا وفقا لمنهج البحث أن يتم التطرق إلى الشروط المتطلبة في القاضي أو إلـى أهمهـا وعمل المقارنة اللازمة بين ما هو مفترض أن يكون شرطا في المحكم من عدمـه وخاصة في عصرنا وفق لمعطيات التحكيم ونطاقه ولذا فإن الباحث قسم هذا الفصل إلى عدة مباحث رأى أنها الأهم عند مناقشة مسألة المحكم خصص الأول منها إلـى

---

1 لمزيد من التفصيل في الموقف من ضرورة أن يكون المحكم أهلا لولايـة القـضاء راجـع:وزارة الاوقاف، الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 10، ص 237

2 آل خنين، التحكيم في الشريعة....، ص 58. حيث يقول هذا رأي جمهـور المالكيـة والـشافعية والحنابلة. وانظر كذلك: السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص 46

3 وزارة الأوقاف، الموسوعة الفقهية الكويتية، منشورات وزارة الأوقاف واشئون الإسلامية الكويتية، جـ 33، ص 291،، ط 1، 1416هـ / 1995م، مطابع دار الصفوة، الكويت

أهم الشروط التي أثارت جدلا بين الفقه الإسلامي ماضيا وحاضرا كشروط مطلوبة في القاضي والمحكم والثاني خصصه لمسألة تعيين المحكم باعتبار التعيين وفقا للفقه الإسلامي عنصرا جوهريا في عقد التحكيم وفقا لفقه السلف والثالث خصصه لمسألة انتهاء ولاية المحكم واعتزاله أي تنحيه وعزله ومن ثم علاقة التنحي واستخدام حق العزل على العملية التحكيمية برمتها معرجا في كل ذلك على قديم الفقـه وحديثـه ونظام التحكيم السعودي.

1.3 شروط القاضي والمحكم في الفقه الإسلامي:

1.1.3 شروط المحكم والقاضي وشرط الاجتهاد بين الإجماع والاختلاف:

1.1.1.3 أهم شروط الأهلية للقاضي والمحكم وفقا للفقه الإسلامي:

الشرط الأول: الإسلام:

لا خلاف بين العلماء في أن غير المسلم لا يجوز له أن يتولى القضاء بـين المسلمين في أي قضية أحد طرفيها مسلم، ولا يولى غير المسلم القضاء فـي ديـار الإسلام ولو للحكم بين غير المسلمين[1]، وأجاز البعض تولية الذمي للقضاء بين بني دينه ولكن ليس للقضاء بين المسلمين [2] وأما بالنسبة لشرط الإسلام في المحكم فيمكن ملاحظة أن الحنفية وان منعوا تحكيم غير المسلم في أي علاقة كان أحـد أطرافهـا مسلما إلا أنهم أجازوا أن يكون المحكم غير مسلم في التحكيم بين غيـر المـسلمين وعللوا رأيهم على نفس نسق ما عللوا به رأيهم في تقليد القضاء للذمي للحكم بـين

1 آل خنين، التحكيم في الشريعة....، ص 58. وهو يشير إلى أن هذا هـو رأي الجمهـور وكـذلك الموسوعة الفقهية، الهامش السابق

2 وهذا قول أبي حنيفة حيث أجاز تقليد الذمي القضاء بين أهل دينه لجواز شهادة أهل الذمة بعـضهم على بعض، ولأنه لما جازت ولايتهم في المناكح جازت في الأحكام، واعتبارا في العرف الجـاري في تقليدهم قال الشربيني:أما جريان العادة بنصب حاكم من أهل الذمـة علـيهم فقـال المـاوردي والروياني:إنما هي زعامة ورياسة، لا تقليد حكم وقضاء، ولا يلزمهم حكمه بإلزامه بل بالتزامهم ولا يلزمون بالتحاكم عنده – راجع تفصيل ذلك في - وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 33، ص 295- 296

أهل الذمة بالقول أنه لا يشترط إسلام المحكم في هذه الحالة لأن غير المسلم أهل للشهادة بين غير المسلمين فيكون تراضي الخصمين عليه كتولية السلطان إياه.[1]

وكما ذكر الباحث آنفا فإن الفقه الإسلامي المعاصر في تعليقه على هذا الشرط في باب التحكيم ينطلق من فكرة واحدة وهي أن التحكيم قضاء وان القضاء من الولايات العامة عند الجمهور وبالتالي لا يجوز إسنادها إلى غير المسلم.

ما يساند هذا الطرح أن الحنفية عندما قالوا بجواز تولية غير المسلم على غير المسلم واستدلوا بالآية الكريمة **لاَ تَتخِذُواْ الْيهود والنصارى أَوليـاء بعـضهم أَولياء بعض** [**المائدة:** 51] وان ذلك إثبات للولاية على بعضهم البعض، هذا بالإضافة إلى استدلالهم بالأهلية للشهادة فيما بينهم وان العرف جرى على تقليدهم، نجد أن جمهور الفقهاء عندما رد على رأي الحنفية معارضين لهذا الاتجاه كان أساس اعتراضهم مبناه الولاية، وان الآية الكريمة التي استدل بها الحنفية إنما يقصد بها الموالاة وليس الولاية.[2]

الشرط الثاني: البلوغ والعقل:

اشترط الفقه الإسلامي فيمن يتولى القضاء البلوغ والعقل وهي شروط محل إجماع[3] واشترطوا ذلك أي (البلوغ والعقل) في المحكم، فلا يصح تحكيم الصبي غير المميز لأنه لا ولاية له على نفسه فلا تكون له ولاية على غيره، إلا أنه نقل عن بعض فقهاء المالكية جواز تحكيم الصبي في الأموال والجروح مطلقا[4]، وخلاف المالكية يقوم على افتراض جواز حكم الصبي ونفاذه لو حكمه طرفان، فذهب الغالبية منهم إلى القول: بعدم جواز هذا الأمر لأن التحكيم ولاية قضائية فيشترط في

---

1 وزارة الأوقاف، الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 10، ص 237 – 238

2 شموط، العدالة القضائية في الإسلام وتطبيقاتها في الشريعة الإسلامية، ص 75

3 وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 33، ص 295- 296

4 السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص 46 الحاشية رقم (2) من نفس الصفحة حيث نقل عن إصبع من المالكية جواز تحكيم الصبي.

وكذلك انظر: آل خنين، التحكيم في الشريعة...، ص 61

المحكم ما يشترط في القاضي من البلوغ، والبعض الأخر قال بجواز حكم الصبي إذا كان عقل وعرف والعلة في هذا القول أنه ربما يكون عالما بالسنة والقضاء.[1]

على أن الفقه الإسلامي ربط مسألة البلوغ بمسألة العقل، فلا يجوز أن يتولى القضاء مجنون.[2]

الشرط الثالث: الذكورة:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يجوز أن تكون المرأة قاضـيا بينمـا يـرى الحنفية أن أهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة، فالذكورة ليست من شروط جـواز التقليد في الجملة، لأن المرأة من أهل الشهادات في الجملة، إلا أنها لا تقـضي فـي الحدود والقصاص، لأنه لا شهادة لها في ذلك، وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة [3] فقال أبو حنيفـة: يجوز أن تقضي المرأة فيما يصح فيـه شهادتهـا، ولا يجـوز أن تقضي فيما لا يصـح شهادتها فيـه[4] أما ابـن جرير الطبـري من الحنفيـة ومعه ابن حـزم الظاهري فقالـوا بجـواز تولـي المرأة للقضاء مطلقـا شـأنها

---

1 آل خنين، التحكيم في الشريعة...، ص 62

2 الماوردي، أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، ص 88، طـ 1، 1989، تحقيق أحمد البغدادي، مكتبة دار قتيبية، الكويت. وكذلك آل خنين، التحكيم في الشريعة...، ص 62-63. وكذلك السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص46

3 راجع في ذلك وزارة الأوقاف، الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 33، ص 291، حيث أشـير أيضا إلى شروط أهلية الشهادة عند الحنفية وهي الإسلام والعقل والبلوغ والحريـة والبـصر والنطق والسلامة عن حد القذف، فلا يجوز تقليد الكافر والمجنون والصبي والعبد والأعمـى والأخرس والمحدود في القذف، لان القضاء من باب الولاية، بل هو أعظم الولايات، وهؤلاء ليست لهم أدنى الولايات وهي الشهادة،

4 الماوردي، الأحكام السلطانية، ص 132

شان الرجل[1] [2] ومن الذين قالوا بقول ابن جرير، الحسن البـصري وابـن القاسـم المالكي، وقد علل ابن حزم رأيه بالقول أن المرأة يجوز لها إن تكون مفتية ولذا فهي من باب أولى تصلح للقضاء [3]- [4]

أما في التحكيم فذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يجوز أن تكون المرأة حكما، وإذا حكمت فتحكيمها باطل لأن التحكيم من القضاء ولا يجوز تولية المرأة القـضاء مطلقا.[5]

وهنا يشدد الباحث على ما أثير من قبل، إن الخلاف بين الجمهور والحنفيـة مرده إلى الشروط الواجب توفرها في القاضي وبالتالي لزوم توفرها فـي المحكـم، فهذه الشروط في المحكم عند الجمهور شروط كثيرة هي في الأصل شروط القاضي

---

1 الماوردي، الأحكام السلطانية، ص 88

حيث يصف الماوردي رأي ابن جرير في تولية المرأة للقضاء بقوله:(وشذ ابن جرير فجـوز قضاءها في جميع الأحكام، ولا اعتبار بقول يرده الإجماع) أي انه وان كـان مقبـولا رأي جمهور الحنفية في تولية المرأة للقضاء في كل ما يجوز لها أن تشهد فيه فان إطلاق جـواز توليتها كما عند ابن جرير يعتبر رأيا شاذا، كل ذلك يشير إلى ملامح للنظام العام الإسـلامي لدى الفقه الإسلامي التقليدي، فمن المعرف انه في العصر الحديث لا يمكن الجدال في مسالة تخالف النظام العام، ولا يعتقد الباحث أن خلاف الفقهاء كان حول مسائل تعتبر مـن النظـام العام الإسلامي (أي الثوابت) ولكن كل ما كان خارجا عن نطاق النظام العام الإسـلامي (الثوابت) كان محل خلاف.

2 وكذلك راجع: السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص 48

3 الزحيلي، محمد الزحيلي، فقه القضاء والدعوى والإثبات – دراسة مقارنـة بـين المـذاهب الفقهية وقوانين الإمارات، ص 85، طبعة (بدون)، 2002م، منشورات جامعة الشارقة

4 إن الباحث في هذا السياق ليدعو إلى إعادة قراءة تاريخ الاشتراع في الفقه الإسلامي والإحاطة ليس بأهم ما تأثر به وإنما بكل تلك التفاصيل المتعلقة بالظروف الاجتماعية والاقتصادية للحقبة التي عاش فيها الفقيه، ودافعي إلى ذلك أن رأيا مثل رأي ابن حزم الأندلسي لا يمكـن إلا أن يكـون متـأثرا بالنظرة إلى المرأة في البيئة الأندلسية

5 الأحكام السلطانية للماوردي ص 88.

والسرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص47.

وشموط، العدالة القضائية في الإسلام وتطبيقاتها في الشريعة الإسلامية، ص 79

بينما هي عند الحنفية شروط الشهادة فقط.ويلاحظ هنا أن التساهل في هذا الـشرط لدى الحنفية قد قابله تضييق في النطاق فيما يجوز فيه للمرأة أن تكون قاضية فيـه وحكما.[1]

وعموما فان الرأي انقسم في الفقه الإسلامي بين مانع لقضاء المرأة مطلقـا، ومجيز للقضاء مطلقا، وقسم قيد قضاءها بنوع معين من القضاء.[2]

وهنا يلاحظ على سبيل المثال أن الماوردي وان كان يخـالف الحنفيـة فـي رأيهم إلا أنه وصف رأي ابن جرير بأنه شذ عن جمهور الحنفية، وهنا يلاحـظ أن المسألة مسألة خلاف، ويلاحظ أنه يمكن الاستنتاج أن الماوردي اعتبر رأي الحنفية غير مخالف للنظام العام الإسلامي بينما لا يبدو رأيه كذلك بالنسبة لما قال به ابـن جرير [3]

الشرط الرابع: العدالة:

العدالة في اصطلاح الفقهاء على ما ذكر في شأنها لديهم تؤدي جميعها إلـى معـانٍ قريبة من بعضها تدل على وجوب عدم فعل المحرمات[4]

ويقول الماوردي: [5]((والعدالة أن يكون صادق اللهجة (أي لم يعهـد عنـه إلا الصدق) ظاهر الأمانة، عفيفا عن المحارم، متوقيا للمآثم، بعيدا عن الريب، مأمونـا في الرضا والغضب (أي حاله لا تتبدل من حيث الحياد سواء كان في حالة الرضـا أم الغضب) مستعملا مروءة مثله في دينه ودنياه، فإذا تكاملت فيه، فهي العدالة التي تجوز بها شهادته وتصح معها ولايته، وان انخرم منها وصف منـع مـن الـشهادة والولاية، فلم يسمع له قول ولم ينفذ له حكم))

---

1 راجع رأي الحنفية فيما يجوز التحكيم فيه في المبحث الخاص بنطاق التحكيم ومحله

2 الزحيلي، محمد، فقه القضاء والدعوى والإثبات، ص 85

3 راجع الهامش رقم 210 من هذا البحث حول رأي الماوردي فيما ذهب إليه الحنفية وابـن جريـر الطبري

4 شموط، العدالة القضائية في الإسلام وتطبيقاتها في الشريعة الإسلامية، ص 87

5 الماوردي، الأحكام السلطانية، ص 89

على أن بعض الفقه الإسلامي نحا إلى القول: أنه يجوز تقليد الفاسق القضاء لأنه عندهم من أهل الشهادة فيكون أهلا للقضاء لكنه لا ينبغي تقليده ويـأثم مقلـده[1] وبالنسبة للتحكيم فإنه إذا حكم الفاسق ينفذ حكمه للضرورة، وذهب الحنفية فـي رأي لهم جواز تحكيم الفاسق لأن مبنى التحكيم مبنى الشهادة، فمن كان أهلا للشهادة كان أهلا للحكم [2]

الشرط الخامس: العلم بالأحكام الشرعية (الاجتهاد)

قبل التطرق لهذا الشرط يجد الباحث أن من المستحسن إلقاء الـضوء عـل معنى الاجتهاد كما ورد في كتب الفقه الإسلامي وذلك حتى يتم الولوج فيما بعد إلى رأي الفقه الإسلامي في مسألة الاجتهاد كشرط في المحكم.

فالاجتهاد كما يقول الماوردي: يتطلب (العلم بكتاب ا عز وجل على الوجه الذي تصح به معرفة ما تضمنه من الأحكام، ناسخا ومنسوخا، محكمـا ومتـشابها، وعموما وخصوصا ومجملا ومفسرا، وكذلك العلم بسنة الرسول ﷺ الثابتة من أقواله وأفعاله وطرق مجيئها في التواتر والآحاد والصحة والفساد وما كـان عـن سـبب وإطلاق، والعلم بتأويل السلف فيما اتفقوا عليه واختلفوا فيه ليتبع الإجماع ويجتهـد برأيه في الاختلاف، والعلم بالقياس الموجب لرد الفـروع المـسكوت عنهـا إلـى الأصول المنطوق بها والمجمع عليها حتى يجد طريقا إلى العلـم بأحكـام النـوازل وتمييز الحق من الباطل، فإذا اجتمعت فيه هذه الأصول الأربعة جاز لـه أن يفتـي ويقضي، وإذا اختل أحدها ثم قلد القضاء فحكم بالصواب أو الخطأ، كان تقليده باطلا وحكمه وان وافق الحق والصواب مردودا)[3]

---

1 وهذا رأي الحنفية - انظر تفصيل أقوال الحنفية حول جواز تقليد الفاسق القضاء وتنفيـذ قـضاءه – وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 33، ص 295

2 السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص 50.

وأما الرأي القائل بنفاذ حكم تحكيم الفاسق فهو عند الغزالي والنووي وبعض المالكية (مـذكور لـدى السرطاوي نفس الصفحة السابقة، ويفهم من رأي الحنفية بجواز تحكيم الفاسق انه يجـوز تحكيمـه ابتداء)

3 الماوردي، الأحكام السلطانية، ص 90

هذه هي شروط الاجتهاد كما ذكرها الماوردي وعرفه من المحـدثين محمـد الزحيلي بالقول:(الاجتهاد فيما لم يرد فيه نص، وذلك بإعمال العقل في القياس على ما ورد في القرآن والسنة، والسعي لإقامة العدل، ومنع الظلم، بالتسوية في الأحكـام على المسائل المتشابهة، والحالات المتناظرة، والقضايا المتماثلة)[1] ويبدو أن غايـة التعريف السابق يستدل منها الحاجة إلى تقنين الفقه وإلا اضطربت الأحكام.

2.1.1.3 الاجتهاد كشرط لتولي القضاء وبالتالي التحكـيم محـل خـلاف بـين الفقهاء:

فالجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة - وهم من وسعوا نطاق التحكـيم على الخلاف بينهم- يرون وجوب أن يكون القاضي مجتهدا.[2]

وأما جمهور الحنفية وبعض المالكية وبعض الحنابلة[3] – ممن ضـيقوا مـن نطاق التحكيم على الاختلاف بينهم – فأجازوا تولي العالم بالأحكام الشرعية وأصول التقاضي منصب القضاء وان لم يصل إلى مرتبة المجتهد المطلق واكتفوا بان يكون مقلدا.

ويقول ابن قدامه وهو من أئمة الحنابلة المتأخرين:لـيس مـن شـرطه (أي القاضي) أن يكون محيطا بهذه العلوم إحاطة تجمع أقصاها، وإنما يحتـاج إلـى أن

---

1 الزحيلي، محمد الزحيلي، تاريخ القضاء في الإسـلام، ص 49 - 50، ط 1، 1415هـ ـ / 1995م، لبنان، بيروت و دار الفكر المعاصر، دمشق.

2 الماوردي، الأحكام السلطانية، ص 90

وشموط، العدالة القضائية في الإسلام وتطبيقاتها في الشريعة الإسلامية، ص 88، حيث يشير إلـى أن الجمهور استدلوا بقوله تعالى (لتحكم بين الناس فيما أراك ا) [النساء:105] وقولـه تعـالى (فاحكم بين الناس بالحق) [ص:26] فا أمر أن يتم الحكم بين الناس بالحق والجاهل لا يـستطيع التمييز بين الحق والباطل.

وكذلك راجع: وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 33، ص 292

3 راجع آل خنين:التحكيم (مرجع سابق) ص 65- 66

وكذلك وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 33، ص 292

يعرف من ذلك ما يتعلق بالأحكام من الكتاب والسنة ولسان العرب، ولا أن يحـيط بجميع الأخبار الواردة في هذا)[1]

وقد فرق الحنفية بين شروط المجتهد المطلق الذي يفتي في جميـع الأحكـام وبين المجتهد في حكم دون حكم واشترطوا في الأخير معرفة ما يتعلق بذلك الحكم.[2]

كما أن من الفقه الحنبلي من أشار إشارة واضحة إلى توجـه نحـو القـول بالتخصص في مجال القضاء وان ولاية القضاء تتبعض، مستندين إلى أسـس مـن السنة.[3]

وفي إشارة مبكرة من قبل الفقه المالكي إلى جواز استعانة المحكـم بـالخبرة والرأي قال اللخمي:(إنما يجوز التحكيم إذا كان المحكم عدلا من أهل الاجتهـاد، أو عاميا واسترشد العلماء، فإن حكم ولم يسترشد رد وان وافق قول قائـل، لأن ذلـك تخاطر منه غرر).

ويشير محمد الزحيلي إلى رأيين ربما يكون اللافت فيهما هو الفارق الزمني بين أصحابها، فيشير إلى احمد بن حنبل ورأيه، والعز بن عبد السلام ورأيه حيـث يقول احمد:أن يولى الأصلح فالأصلح من الموجودين، وكل زمان بحسبه، وأما العز بن عبد السلام فيقول:وللولاية شرطان:- العلم بأحكامها، والقدرة علـى تحـصيلها، وترك مفاسدها، فإذا فقد الشرطان حرمت الولاية.[4]

---

1 المغني، موفق الدين ابن عبد ا بن احمد بن قدامه المقدسي المعروف (بابن قدامه)، تحقيق عبـد ا التركي، جـ 14، ص 15- 16، ط 2، 1417هـ/1997م، دار عالم الكتب، الرياض

حيث جاء في المغني بعد أن عدد ما ذكره احمد من شروط للفتيا على اعتبار أن الحكم من معاني الفتيا بالقول: فإن قيل:فهذه شروط لا تجتمع في احد، فكيف يجوز اشتراطها ؟ قلنا:ليس مـن شـرطه أن يكون محيطا بهذه العلوم إحاطة تجمع أقصاها، وإنما أن يعرف من ذلك ما يتعلـق بالأحكـام مـن الكتاب والسنة ولسان العرب، ولا أن يحيط بالأخبار الواردة في هذا، فقد كان أبـو بكـر الـصديق وعمر بن الخطاب، خليفتا رسول ا صلى ا عليه وسلم، وخير الناس بعده، في حـال إمامتهمـا يسألان الحكم فلا يعرفان ما فيه من السنة، يسألان الناس فيخبران...

2 حاشية ابن عابدين، جـ 8، ص 38.

3 البهوتي، كشاف القناع، جـ 15، ص 23.

4 الزحيلي، محمد، فقه القضاء والدعوى والإثبات، ص 85

3.1.1.3 أسباب اختلاف الفقهاء عموما وأسباب اختلافهم مـن مـسألة شـروط المحكم:

في هذا السياق لا بد من التمييز بين الشريعة الإسلامية والفقـه الإسـلامي، (فالشريعة معصومة وكلها خير لأنها نصوص القرآن الموحى به من عند ا تعالى على رسوله محمدﷺ وهي أقوال الرسولﷺ وأفعاله التي هي شـرح وتفـصيل لمـا أجمله القرآن، وأما الفقه فهو عمل الفقهاء في طريق فهم الشريعة وتطبيق نصوصها وفقا لغرض الشارع والقواعد الأصولية في استنباط الأحكام منها وفي هذا يختلـف فهم فقيه عن فهم فقيه آخر وهو فهم يحتمل الخطأ والصواب، والفقه على ما فيه من قيمة عظيمة إلا أنه ليس له القدسية التي للشريعة متمثلة بنصوص الكتاب والـسنة، فالفقه فهم، وهو قابل للمناقشة والتصويب والتخطئة حتى لو كان مبنيا علـى نـص شرعي، على أن التخطئة تنصرف إلى فهم الفقيه لا إلى تخطئة النص الشرعي، ولذا كان الاختلاف بين آراء الفقهاء ورد بعضهم على بعض، وخطّأ بعـضهم بعـضا)[1] حتى قيل وبحق:(إن ما يضيق عنه المذهب الواحد ونظرياته ففي مذهب آخر سـعة منه وعلاج، ولم يوجد تشريع كثرت فيه الاجتهـادات واتـسعت الآراء كالتـشريع الإسلامي).[2]

ويشير الخفيف إلى أن الأحكام الشرعية إما أحكام تكليفيه تنبئ عن الطلب أو عن النهي أو عن التخيير، وإما أحكام وضعية جاءت ببيان شرط أو مانع، أو غيـر ذلك مما تدل عليه تلك الأحكام خاصا بأفعال الإنسان من ناحيـة صـحتها وعـدم صحتها، ووفائها بالمطلوب وعدم وفائها، وأدلة الأحكام بنوعيها كثيرة منها ما هـو محل اتفاق بين أرباب المذاهب المختلفة لا ينازع فيه إلا من ليس لرأيه وزن، ومنها ما اختلفوا فيه فعمل به فريق ولم يعمل به فريق آخر، والسبب في الاختلاف جوهره هل الدليل دال على حكم ا أو غير دال عليه ؟ أو بعبارة أخرى، هل الدليل مفـسر لما انزل ا أم ليس كذلك؟ ولم يكن الاختلاف في أن الدليل أصـل مـن أصـول الشريعة أو ليس بأصل، ذلك أن أصل الشريعة وما تقوم عليه ليس محل خلاف بين

---

1 راجع في ذلك: الزرقا، المدخل الفقهي، المجلد الثاني، ص 153 - 155

2 الزرقا، المدخل الفقهي، المجلد الثاني، ص 259

المسلمين جميعا على تعدد فرقهم، فاصل الشريعة هو الكتـاب والـسنة الـصحيحة باتفاقهم جميعا والحكم عندهم جميعا وحده.[1]

على أن تغير الأحكام الاجتهادية له علاقة أيضا بمسألة فساد الزمـان كمـا أشار إليه مصطفى الزرقا الذي ضرب أمثلة عده على مسألة تغير اجتهـاد الأئمـة الأولين الذين علّلوا ذلك بفساد الزمان (أي فساد أخلاق العامة) ووصل إلى الاستنتاج بأنه حتى بالنسبة للأحكام الواردة في السنة النبوية نفسها إذا كان منها شيء مبنـي على رعاية أحوال الناس وأخلاقهم في عصر النبوة، ثم تبـدلت أحـوالهم وفـسدت أخلاقهم، وجب تبديل الحكم النبوي تبعا لذلك إلى ما يوافق غرض الشارع في جلب المصالح ودرء المفاسد وصيانة الحقوق وعلى ذلك درج الصحابة الكرام في عصر النبوة.[2]

هذه الإشارة السريعة إلى أسباب الاختلاف بين الفقهاء ربما يكون خير معين على فهم أسباب الاختلاف بينهم في الخصوص الذي يتطرق إليه هذا البحث.

فإذا ما تم التطرق إلى أهم شروط القاضي وبالتالي المحكم نجد أن الخـلاف هو بالتأكيد ليس خلافا حول أصل من أصول الشريعة ولذا كـان للفقـه الإسـلامي المعاصر آراء فردية وأخرى جماعية من حيث الشروط الواجب توفرها في المحكم.

2.1.3 شروط القاضي بين فقه السلف والفقه المعاصر:

1.2.1.3 تفاوت الشروط المطلوبة في القاضي والمحكم لدى فقه السلف:

كان الباحث قد أشار إلى أهم الشروط التي يجب توافرها في القاضـي فـي الفقه الإسلامي، وأشار إلى أن هذه الشروط عديدة، أو كما يذكر أهل العلم في أنهـا تراوحت بين ستة شروط وخمسة عشر شرطا.[3]

1 الخفيف، علي الخفيف، أسباب اختلاف العلماء، (المؤلفات الكاملة 1)، ص 9، طـ (بدون) سـنة الطبع: (بدون)، دار الفكر العربي، القاهرة

2 الزرقا، المدخل الفقهي، المجلد الثاني، ص 950

3 مقال. ناصر بن زيد بن داود منشور بجريدة الاقتصادية السعودية عدد رقم 4955 سبق الإشارة إليه

على أنه يبدو فيما يتعلق بالمحكم فإن الإشكالية المطروحة بالنسبة للـشروط التي يجب توافرها فيه وفقا للفقه الإسلامي ذات شقين.

أما الشق الأول: أن من الفقه من يشترط في المحكم شـروط القاضـي، وهـؤلاء التحكيم لديهم هو قضاء فوسعوا في نطاق التحكيم على الاختلاف بيـنهم فـي هـذا التوسع حتى أن نطاق التحكيم لدى بعض الفقه شمل كل المنازعـات، فكـان لهـذه النظرة إلى التحكيم على أنه قضاء ونظرا لتوسع نطاقه لديهم الأثر الواضح في أنهم أوجبوا في المحكم أن تتوافر فيه شروط القاضي، وهي شروط كثيرة من بينهـا أن يكون مجتهدا بالمعنى المقصود في اصطلاح الفقهاء، وبما أن التحكـيم نـوع مـن الولاية القضائية وبما أنه لا ولاية للمرأة عندهم فيما يخص الولايات العامـة فـإن شرط الذكورة شرط مطلوب في المحكم، أضف إلى ذلك البقية الباقية مـن شـروط القاضي التي تعددت وتنوعت عندهم.

الشق الثـاني: إن هناك مدرسة فقهية على رأسها الحنفية وان كانت تعتبر التحكـيم قضاء من حيث المبدأ إلا أن شروط القاضي لديهم اقل مـن شـروطه لـدى بقيـة المذاهب، فأهلية القضاء لديهم هي أهلية الشهادة فمن كانت له أهلية الشهادة كان لـه أن يتولى القضاء وبالتالي يجوز أن يكون حكما، وهذا انعكس بدوره على رأيهم في التحكيم، فالتحكيم عندهم وان كان قضاء إلا أنه قضاء متخصص في نوع معين من النزاعات وخاصة المالية، وكل ذلك انعكس على رأيهم في تولي المـرأة للقـضاء وبالتالي التحكيم كما انعكس على رأيهم في مسألة الاجتهاد وعدم لزوم وجوده فـي القاضي وبالتالي عدم لزوم وجوده في المحكم من باب أولى لأن ولايـة القاضـي ولاية عامة بينما ولاية المحكم ولاية خاصة لا بل وانعكس موقفهم مـن الـشروط الواجب توفرها في القاضي على موقفهم من جواز تحكيم الفاسق في اختلاف واضح بينهم وبين جمهور الفقهاء حول شرط العدالة.

وفي نفس السياق فإن المتأخرين من فقهاء الحنبلية كإبن قدامه أشار إلى أن الحنابلة لم يشترطوا في المحكم كافة الشروط المطلوبة في القاضي[1].

1 البهوتي، كشاف القناع، جـ 15، ص 63 – 64.

2.2.1.3 موقف مجمع الفقه الإسلامي من الشروط الواجب توفرها في المحكم:

رجوعا إلى قرار مجمع الفقه الإسلامي نجده عند النص على شروط المحكم ذكر بالمجمل ما نصه:(يشترط في الحكم بحسب الأصل توافر شروط القضاء).[1]

إن تفحص ما أشار إليه قرار المجمع يمكن الاستنتاج منه الأمور التالية:

1) إن المجمع لم يشر إلى شروط القاضي وترك الأمر على إطلاقه فلا هو الـذي حدد شروطا أساسية منتقاة من بين الشروط التي اشترطها فقهاء الـسلف وهـي شروط قلت عند البعض إلى حد وصولها إلى شـروط الـشهادة وزادت عنـد بعضهم حتى وصلت إلى شرط الاجتهاد، وعليه يمكن حمل هذا الأمر علـى أن المجمع اختار الشروط المتفق عليها بين المذاهب الأربعة وهي أن يكون القاضي مسلما، عاقلا، بالغا، حرا[2] وان كان لا يمكن الجزم بان هذا ما قصده المجمع.
2) إن عبارة (بحسب الأصل) يمكن ردها إلى مراعاة المجمـع لظـروف الزمـان والمكان وربما العرف، ذلك أنه يمكن بناء الأحكام على الأعراف التي لا تخالف أصلا من أصول الشريعة ويكون في بناء الحكم عليها مصلحة مردها الإجمـاع العملي من قبل الناس عليه، وذلك على الاختلاف بين الفقهاء في العرف المعتبر لبناء الحكم هل هو العرف العام أم الخاص.[3]
3) مع ذلك يبدو أن المجمع لم يحاول الربط بين نطاق التحكيم في العصر الحاضر وهو أمر أشار إليه في متن قراره وبين ما يمكن أن تكون شروطا من الواجـب توفرها في المحكم، فالإدراك الحقيقي لنطاق التحكيم وكونه قضاء متخصصا في نزاعات معينة لا يتصدى لها إلا الخبراء المختارون أصلا من قبـل أطـراف النزاع كان يفترض أن يكون له صداه في مسألة الشروط الواجب توفرها فـي المحكم.

---

1 راجع الفقرة الرابعة من قرار المجمع بخصوص فتواه في التحكيم

2 راجع الفقرة الرابعة من قرار المجمع بخصوص فتواه في التحكيم

3 لمزيد من الاطلاع على تأثير على دور العرف في استنباط الأحكام الشرعية راجع: الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ص 244

بعد كل ذلك يجد الباحث أن من المستغرب أن يضيف المجمع في قراره العبارة التالية: (إذا لم تكن هناك محاكم دولية إسلامية، يجوز احتكام الدول أو المؤسسات الإسلامية إلى محاكم دولية غير إسلامية، توصلاً، لما هو جائز شرعاً)؟

على أن المتتبع لسبب هذه الرخصة من قبل المجمع في اللجوء إلى محاكم دولية غير إسلامية تشير إلى جواز لجوء الدول الإسلامية لحل خلافاتها الحدودية لدى هيئات التحكيم الدولية مثل محكمة العدل الدولية، كما في التحكيم الحدودي بين قطر والبحرين، وهي رخصة تشير إلى أن المجمع اتجه إلى القبول بحكم غير المسلم بين المسلمين للضرورة، فإذا عرفنا أن الضرورة هي عدم وجود الخبرة لدى الدول الإسلامية لحل نزاعاتها الحدودية تحكيما فإن الأمر يشير إلى سؤال مطروح هل ضرورات التجارة العالمية تشير إلى عدم قدرتنا على فرض ديانة معينه على كل محكم في أي نزاع نسعى فيه من حيث الأصل إلى تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية أو بعبارة أوضح الوصول إلى حكم لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية؟ ويمكن طرح التساؤل السابق بصيغة أخرى: هل غاية المجمع في ظل قوانين وأعراف التجارة الدولية في الوقت الحاضر هو الوصول إلى حكم متوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية أم التحكيم بواسطة محكمين مسلمين؟

الواقع يشير إلى أن التحكيم المعاصر وخاصة التحكيم التجاري الدولي أصبح صناعة تدر دخلا على هيئات التحكيم الدولية وأصبحت بعض العواصم محجا للتحكيم بسبب قوانين التحكيم الموجود لديها والتي تناسب أوضاع التجارة العالمية، مما يجعل الباحث مضطرا للتساؤل حول الهدف النهائي المنشود من قبل مجمع الفقه الإسلامي فيما يخص مسألة التحكيم عامة.

فما العيب في أن يتم التطرق إلى التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية ؟ ما دام معظم قرار المجمع يتكلم عن التحكيم عامة ثم يخصص في رخصة واضحة لحل النزاعات بين الدول الإسلامية أمام هيئات التحكيم الأجنبية؟

وما المانع من أن يشير إلى التحكيم التجاري الدولي بالقول: ((أنه وأمام الواقع الذي تفرضه معطيات التجارة العالمية في هذا الزمان من حيث كون شرط التحكيم أصبح متداولا في مجال عقود التجارة وخاصة التجارة الدولية، فإنه يلزم

المسلم إن اضطر إلى التحكيم لدى هيئات التحكيم الدولية أن يعين من طرفه حكمـا من أبناء أمته[1] من أهل العلم والتخصص في مجاله[2] ما ستطاع إلى ذلك سبيلا وبما لا يتعارض مع مصالحه المشروعة على أن يكون متحوطا للوصول إلـى حكـم لا يخالف الشريعة الإسلامية)[3] خصوصا أن تعيين المحكم من قبل من عينه لا يقوم إلا على ثقة بحياده ونزاهته وكفاءته وفهمه لا بل وتخصصه.[4]

على أنه يمكن القول في قراءة ثانية لهذا القرار أن يقـال: إن المجمـع فـي العموم قد تنازل عن الشروط التقليدية المطلوب توافرها في المحكـم فـي العـصر الحالي، وهذه القراءة وان كان الباحث لا يقول بها، إلا أنها يمكن أن ترد.

3.2.1.3 آراء فقهية فردية معاصرة حول أهم شروط القاضي والمحكم:

فبالنسبة لشرط الإسلام كشرط في القاضي كان الباحث قد قدم فيما سـبق أن الأمر محسوم لدى الفقه الإسلامي ولم يجزه إلا للضرورات كما في قـرار مجمـع الفقه الاسلامي، وبطبيعة الحال لا يمكن مقارنة ضرورات عصر السلف بضرورات هذا العصر وخاصة في مجال التجارة الدولية.

فأن نشترط على الغير إن أراد تحكيما وفقا لشرعنا وفي بلادنـا أن يختـار حكما مسلما فهذا معناه بالضرورة القول أنه لا مكان لسلطان الإرادة في هذا الأمر، وبالتالي يبقى التحكيم مهاجرا لهذا السبب.

---

1 الأمة حسب فهم الباحث هي الأمة الإسلامية والعربية، راجع مصطلح الأمة كما في دستور المدينـة حسب وصف محمد سليم العوا له المشار إليه في الفصل التمهيدي

2 وإذا كنا نتحدث عن التخصص فالظاهر أن الفقه الإسلامي الذي يرى أن التحكيم قضاء قد عرف ما يسمى ولاية القاضي على حكومة معينة راجع في ذلك: الماوردي، الأحكام السلطانية، ص 94

3 (يعتقد الباحث أن معظم أحكام التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية لا تخالف أصلا مـن أصـول الشريعة اللهم فيما خلا الربا)

4 لقد أصبح قدرا أن نكون في العالم الثالث نأكل مما لا نزرع ونلبس مما لا نصنع وان نكون السوق وغيرنا المنتج فنضطر للدخول في عقود تجارية دولية اقل شروطها أن يكون الترافـع فـي حـال الخلاف أمام محاكم التحكيم بلغة أجنبية، فتصبح مثل هذه الشروط واقعا يحتاج إلى فقه واقع ليتعامل معه

كما أن ذلك لا يشرع من الناحية العملية الأبواب أمام الفقه الإسلامي ليكـون فاعلا في منطوق قرارات التحكيم وخاصة الدولية منها.

على أن مناقشة مسألة شروط المحكم من خلال شروط القاضي وان كانـت غير مجدية أحيانا بسبب طبيعة النزاعات التي يتم التحكيم فيها وعدم قدرة كثير من المؤسسات القضائية للتصدي لبعض جوانبها يشير بوضوح إلا أنه يحسن الإشـارة إلى أن من الآراء في الفقه الإسلامي المعاصر - على ما سيأتي تاليا - مـا يـشير بوضوح إلى أن شرط الاجتهاد في القضاة أنفسهم أصبح شرطا صعبا إن لـم يكـن مستحيلا وهذه الآراء نحت بشكل واضح في اتجاه مدرسة أبي حنيفة ليس من بـاب التقليد – برأي الباحث – بل من باب النظر إلى الواقع وهو واقع سايره بعض الفقه الإسلامي وخاصة الحنفي منذ قرون.[1]

وأما المسألة الحاسمة في موضوع التحكيم فيعتقد الباحث أنها الوصول إلـى حكم لا يخالف النظام العام الإسلامي، فإذا عرفنا أن مـا يطبـق علـى النزاعـات التحكيمية في معظمه هو المبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة التي لا تتعارض مع أصل من أصول الشريعة وأن الاتفاقيات الدولية في مجال التحكيم التجاري الـدولي ومن ضمنها اتفاقية نيويورك لعام 1958م تضمن عدم إجبار أي دولة علـى تنفيـذ حكم تحكيم اجني مخالف لنظامها العام[2] فإن مسألة اشتراط الإسلام في المحكم فـي تحكيم الأصل فيه أنه قضاء خبرة وتخصص قائم على مبدأ سلطان الإرادة من ألفـه إلى يائه يؤدي إلى القول: إن اشتراط ديانة معينة في المحكم هو ابتعاد واضح عـن واقع التحكيم المعاصر يشير إلى نتيجة حتمية تتعلق بحكم مسبق قوامـه نفـور أي طرف أجنبي من اللجوء إلى التحكيم مكبلا بمثل هذا الشرط.

---

1 يراجع في ذلك ما تقدم من خلاف بين الفقه حول شروط القاضي وبالتالي شروط المحكم

2 الزحيلي، قضايا الفقه والفكر المعاصر، ص 734- 737.

ويقول الزحيلي (والذي يجعلنا نقبل هذه الاتفاقات في حال قبول التحكيم من محكمين أجانب أنها تخضع عقد التحكيم لقواعد القانون الدولي أو المبادئ العامة للقانون)

وعليه يبدو جليا أن التصور وفق للفقه الإسلامي – وتحديدا فقـه الـسلف - يستعير للتحكيم للمحكم سلطة الحكم والتأهيل الذاتي للقضاء فيعطيه بذلك ولاية قضاء كاملة.[1]

وفي المقابل وعلى الرغم من أن هناك إرهاصات على المستوى الفردي لدى بعض الفقه الإسلامي المعاصر وتعبر عن فهم باتجاه مزيد من فقه الواقع للوصـول إلى نتيجة مفادها أن شرط الإسلام وشرط الاجتهاد لا يتوافق مع طبيعة النزاعـات التحكيمية وخاصة الدولية منها التي تحتاج إلى قضاء متخصص لا دخل له بإشكالية التأهيل للمحكم القاضي أو القاضي المحكم وفقا لمنظور فقه السلف القائم على جلب المصالح وفقا لمعطيات الزمان، إلا أن الظاهر أن العقدة تكمن في مـسألة أخـرى تتعلق بكون قوانين التجارة الدولية وأعرافها ربما تتعارض مع أحكام الشريعة رغم أن الواقع يشير إلى أن منطقة التماس مع الثوابت ربما لا تتجاوز دائرة الربا وهـي دائرة لن يعجز الفقه الإسلامي المعاصر عن التصدي لمعالجتها والتعامل معها وفقا للقواعد الأصولية في الفقه الإسلامي وهذا محله البحث في القانون المطبـق علـى موضوع النزاع التحكيمي وهو ما سيأتي الباحث عليه لاحقا.

فإذا خلصنا من مسألة شروط الاجتهاد والإسلام فيبقى بقية حديث عن العدالة والذكورة كشروط تحدث عنهما فقه السلف وكانتا موضع خلاف أيضا بشكل يعبـر عن خلاف في الفروع وليس في الأصول، فنجد أن هناك من الفقه المعاصـر مـن أدلى بدلوه متجها في نفس الاتجاه الذي سلكه المذهب الحنفي، حيث نجد أن هنـاك من يؤيد تولية المرأة للقضاء مخففا من مسألة العلة من منعها مستندا إلى أن المسألة من حيث كونها تتعلق بالولاية هي مسألة محل خلاف السابقين فكان من المنطقي أن تكون محلا لخلاف اللاحقين[2]، وأما مسألة الخشية من الاختلاط فإن مفهوم الاختلاط

---

1 السالمي، حسن السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، ص 82، ط 1، 2008م، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت

2 ابن العربي، أحكام القران، مجلد 3، ص 482، حيث جاء في أحكام القران لابن العربي القـول:(انه نقل عن محمد بن جرير الطبري إمام الدين انه يجوز أن تكون المرأة قاضية، ولم يـصح ذلـك عنه، ولعله نقل عن أبي حنيفة أنها إنما تقضي فيما تشهد فيه، وليس بان تكون قاضية على الإطلاق، ولا بان يكتب لها منشور لان فلانة مقدمة على الحكم، إلا في الدماء والنكاح، وإنما ذلـك كـسبيل

بين الرجال والنساء يبدو في رأي بعض الفقه المعاصر أمرا لا بد من وضعه فـي إطاره الصحيح دون إفراط أو تفريط، فالاختلاط برأيهم هو الاختلاط الذي يودي إلى الخلوة غير الشرعية بمعناه المقصود شرعا.[1]

وأما مسألة العدالة فيعتقد الباحث أن العدالة المنشودة هي العدالة في الحكم أو كما قيل وبحق ((أن اشتراطَ صلاح القاضي في الظاهر فقط لا يجدي شيئاً, واشتراط صلاح القاضي في الباطن ليس إلى كشفه سبيلٌ, فوجب تفسير العدالة في القاضـي على نحوٍ آخر غير ما تقدم, يِقَصرها على ما جاءت به الآيةُ الكريمـة فـي قـصة رسول ا موسى بن عمران عليه الصلاة السلام - لَما ورد مـاء مـدين - وفيهـا تحديد صفتي خَير من يستَأجر, وأنهما (القُوةُ والأَمانَةُ) والقُوةُ في القاضـي عِلمـه وقُدرتُه على إنفاذ الحكم في حينه, وأمانتُه صِدقُه وبراءتُه من الهوى، وصلاح ظاهر القاضي لا ينفع الخصوم بقدر ما ينفعهم علمه ونزاهته وبراءته من أتبـاع الهـوى, وذلك متَصور حتى من المفرطين. فاقترافُ المعاصي ليس دليلاً على محاربـة ا ورسوله أو على كراهة ما أنزل ا ؛ لقصة الصحابي الجليل الـذي لعنـه بعـض الصحابة لكثرة ما يؤتى به مخموراً, فقال لهم المصطفى عليه الصلاة والـسلام (لا تلعنوه! فوا ما علمت إنه يحِب ا ورسوله) خَرجه البخاري[2]. وكـان رضـي ا

التحكيم أو الاستنابة في القضية الواحدة، بدليل قوله صلى ا عليه وسلم " لن يفلح قوم ولوا أمـرهم امرأة ".... وهذا هو الظن بابي حنيفة وابن جرير وقد شكك ابن العربي في الرواية التي تقـول إن عمر بن الخطاب قدم امرأة على حسبة السوق، وقال:إن ذلك لم يصح، فلا تلتفتوا إليه، فإنما هو من دسائس المبتدعة في الأحاديث

1 السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص 49

حيث يقول: (ولتجنب المحاذير التي ذكرها القائلون بعدم جواز تولي المرأة للقضاء فإنـه ينبغـي أن يراعي فيمن تتولى منصب القضاء الالتزام بأحكام الشرع من حيث اللباس وعدم التبـرج والوقـار والسن وقوة الشخصية والاتزان في التصرفات)

2 تم تخريج الحديث من صحيح البخاري، نسخة الكترونية، الحدود، ما يكره من لعن شـارب الخمـر وانه ليس بخارج من الملة، رقم 6282، موقع الإسلام التابع لوزارة الشؤون الإسـلامية والأوقـاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية – منشور بشكل ثابت – الرابط:
http://hadith.al-islam.com/Display/Display.asp?Doc=0&Rec= 10103

عنه كثيراً ما يضحِك رسولَ ا صلى ا عليه وسلم))[1] وأنه بالنسبة لشرط الإسلام:(**أن العدل لا يتأتى من المسلم فقط، بل يأتي من غير المسلم ولا شك، فقد أثنى الرسولُ، ﷺ، على النجاشي - وهو لا يزال على دين النصرانية – "بأنه ملك لا يظلم بأرضه أحد"؛ رواه البيهقي في دلائل النبوة، ولما أُثِر عن غير واحدٍ من السلف قوله: إن ا يمكن للدولة الكافرة العادلة ما لا يمكن للدولة الظالمة؛ وإن كانت مسلمةً).** انتهى[2]

وعموما فإن اشتراط العدالة في ظل قوانين التحكيم الحديثة ليس له مكان في ظل سلطان الإرادة ونفس هذه القوانين تمنح أطراف النزاع الحرية في اختيار من شاءوا من الحكام كما أن هذه القوانين تعطي الحق لأي من الخصوم في التعرض لمسألة حياد المحكم، مما يعود بنا إلى المربع الأول بالقول إن فهم آليات التحكيم الحديث هي المدخل إلى موقف فقهي معاصر من بعض الشروط المطلوبة في المحكم.

3.1.3 موقف نظام التحكيم السعودي من شروط المحكم:

نظرا للعلاقة والارتباط بين مسألة تأهيل القاضي والمحكم في النظرية الإسلامية فإنه فيما يخص التحكيم وكما ذكر سابقا فإن التطرق إلى نظام التحكيم السعودي من حيث تأثره بالفقه الإسلامي مسألة مطروحة وبقوة، لذا فإن المنهج الذي سلكه الباحث آنفا يقتضي أن يتم التطرق إلى شروط القاضي وفقا لنظام القضاء

---

1 ناصر بن زيد بن داوود – مقال بعنوان شروط القاضي بين الحاضر والماضي – جريدة الاقتصادية السعودية العدد 4962 بتاريخ 2007/5/13 ومنشور على موقع مركز الدراسات القضائية التخصصي http://www.cojss.com

2 ناصر بن زيد بن داوود – المقال السابق جريدة الاقتصادية السعودية العدد 4962 وهو يشير إلى تطبيق إحدى قواعد الفقه الإسلامي من قبل المحكم في قضية جزر حنيش بين اليمن واريتريا بإسقاط الأدلة المتعارضة - ولا مرجح لأحدهما على الآخر - مبدأ من مبادئ العدالة التي جبِلَ عليها البشر، وهي من قواعد الفقه الإسلامي، كما أن قسمةَ العقار المتنازع عليه بين المتخاصمين - حيث لا يد لأحدهما عليه، ومع عدم وجود من ينازعهما فيه، بعد إسقاط الأدلة - أصلٌ من أصول الحكم في شريعة المسلمين.

ووفقا لنظام التحكيم حتى يمكن الوصول إلى نقطة التماس بين ما يمكـن أن يكـون شروطا مشتركة بين القاضي والمحكم.

فينص نظام القضاء[1] المادة (31) على أنه:يشترط فيمن يولى القضاء:

أ - أن يكون سعودي الجنسية بالأصل.

ب - أن يكون حسن السيرة والسلوك.

ج - أن يكون متمتعاً بالأهلية الكاملة للقضاء بحسب ما نص عليه شرعا.

د - أن يكون حاصلاً على شهادة إحدى كليات الشريعة بالمملكة أو شهادة أخـرى معادلة لها، بشرط أن ينجح في الحالة الأخيرة في امتحان خاص يعده المجلـس الأعلى للقضاء.

هـ - ألاّ تقل سنه عن أربعين سنة (إذا كان تعيينه في درجة قاضـي اسـتئناف) وعن اثنتين وعشرين سنة (إذا كان تعيينه في إحدى درجات السلك القـضائي الأخرى).

و - ألاّ يكون محكوماً عليه بجريمة مخلة بالدين أو الشرف، أو صدر في حقه قرار تأديبي بالفصل من وظيفة عامة، ولو كان قدر رد إليه اعتباره.

وينص نظام التحكيم السعودي على ما يلي:

المادة (4): يشترط في المحكم أن يكون من ذوي الخبرة، حسن السيرة والسلوك، كامل الأهلية وإذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً.

وأما اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي فتنص على:

المادة (3): يكون المحكم من الوطنيين أو الأجانب المسلمين من أصحاب المهـن الحرة أو غيرهم ويجوز أن يكون من بين موظفي الدولة بعد موافقة الجهـة التـي يتبعها الموظف، وعند تعدد المحكمين يكون رئيسهم على دراية بالقواعد الـشرعية والأنظمة التجارية والعرف والتقاليد السارية في المملكة.

---

1 وهو نظام القضاء الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / 78وتاريخ 19/ 9/ 1428هـ

المادة (4): لا يجوز أن يكون محكماً من كانت له مصلحة في النزاع وحكم عليه بحد أو تعزيز في جرم مخل بالشرف أو صدر بحقه قرار تأديبي بالفصل من وظيفة عامة أو حكم بشهر إفلاسه ما لم يكن قد رد إليه اعتباره.

المادة (5): مع مراعاة حكم المادتين (2) و(3) تعـد قائمـة بأسـماء المحكمـين بالاتفاق بين وزير العدل ووزير التجارة ورئيس ديوان المظالم، وتخطر بها المحاكم والهيئات القضائية والغرف التجارية والصناعية، ويجـوز لـذوي الـشأن اختيـار المحكمين من هذه القوائم أو غيرها.

وبالنظر إلى النصوص السابقة وحتى لا ندخل في مقارنـة بـين الـشروط المتطلبة في المحكم وتلك المتطلبة في القاضي يمكن القول أنه بالإجمال يبدو جليا أن هناك فارقا بين شروط المحكم والقاضي وفقا لنظامي القـضاء والتحكـيم، ونقـاط التقاطع محددة في شرط الإسلام وشرط العلم في الشريعة (والى أي مدى هذا العلم)؟

وأما البقية الباقية من الشروط المطلوبة في المحكم فيبدو أن بعـضها يثيـر نوعا من الجدل لا نجده في أي من قوانين التحكيم الحديثة التي جعلت اختيار المحكم خاضعا خضوعا تاما لسلطان الإرادة ولا تتدخل المحكمة في مسألة تعيين المحكم إلا من خلال نصوص مكملة[1] مما يجعل الباحث يصل مقدما إلى نتيجة مفادها أن هناك

---

1 راجع على سبيل المثال قانون التحكيم الأردني المادة (16): أ- لطرفي التحكيم الاتفاق علـى اختيار المحكمين وعلى كيفية وتاريخ اختيارهم فإذا لم يتفقا على ذلك تتبع الإجراءات التالية:

إذا كانت هيئة التحكيم تتكون من محكم واحد تتولى المحكمة المختصة تعيينه بناء علـى طلـب احـد الطرفين.

وإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين يعين كل طرف محكما و يتفق المحكمـان المعينـان على تعيين المحكم الثالث، فإذا لم يعين احد الطرفين محكمه خلال الخمسة عشر يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالـث خـلال الخمسة عشر يوما التالية لتاريخ تعيين آخرهما تتولى المحكمة المختصة تعيينه بناء على طلـب أي من الطرفين وتكون رئاسة هيئة التحكيم للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينـان أو الـذي عينتـه المحكمة.

تتبع الإجراءات المذكورة في البند (2) من هذه الفقرة إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من ثلاثة محكمين.

شروطا في نظام التحكيم السعودي لا بد من إلقاء الضوء عليها دون الالتفات إلـى بعض الشروط التي يمكن فهمها وذلك على النحو التالي:

1. شرط الإسلام:

لا يمكن فهم هذا الشرط إلا من خلال بيان نظرة المشترع الـسعودي إلـى ولاية التحكيم ذاتها حيث أنه يتم النظر إليها على أساس أنها ولاية قضائية وهو مـع جمهور الفقه الإسلامي الذي يرى أنه لا ولاية لغير المسلم، لكن السؤال الذي يمكن طرحه هو نفسه ما طرح قبلا عند مناقشة هذا الشرط وهو أن الأمر وان كان مقبولا في مجال التحكيم الداخلي أي في العلاقات الداخلية فإنه لا يمكن التـسليم بـه عنـد التحكيم في العلاقات الدولية أو التي يوجد بها أطراف دولية، وهو حكم مسبق مـن حيث الواقع يشير أن نظام التحكيم السعودي لا يمكـن أن يـستوعب إلا التحكـيم الداخلي ولا يمكن له استيعاب التحكيم في العلاقات الدولية وفقا له وبمقتـضاه، ولا يمكن حل مثل هذا الإشكال إلا بالنص على التفريق بين التحكيم في العلاقات الداخلية والتحكيم في العلاقات الدولية ومراعاة سيطرة مبدأ سلطان الإرادة علـى التحكـيم المعاصر الذي لم يلتفت إلى مسألة دين المحكم لاعتبارات تتعلق بحرية الأطراف في اختيار من يرونه الأكثر خبرة وتخصصا ومهنية في المجال الذي يتم التحكيم فيه.

عليه فإنه لاعتبارات تتعلق بالولاية فإن شرط الإسلام شرط مطلـوب لذاتـه وفقا للنظام وهذه الولاية هي نفسها برأي الباحث التي تجلـي أي غمـوض حـول

ب- وإذا خالف احد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التي اتفقا عليها، أو لم يتفقا على كيفية القيام بتلك الإجراءات، أو لم يتفق المحكمان المعينان على أمر مما يجب الاتفاق عليه، أو إذا تخلف الغير عن أداء ما عهد به إليه في هذا الشأن، تتولى المحكمة المختصة بناء على طلب أي من الطـرفين القيام بالإجراء أو بالعمل المطلوب.

ج- تراعي المحكمة في المحكم الذي تختاره الشروط التي يتطلبها هذا القانون وتلك التي اتفق عليها الطرفان، وتصدر قرارها باختيار المحكم على وجه السرعة، ولا يكون هذا القرار قابلا للطعن فيه بأي من طرق الطعن

الحكمة من النص على وثيقة التحكيم التي تعتبر تولية واستخلافا [1] ولا ولاية ولا استخلاف لغير مسلم، على أن هذا الشرط يمكن فهمه من خلال الشرط الثاني الذي يعبر عن توجه المشترع السعودي إلى شرعية تدخل قضاء الدولة في قبول أو عدم قبول المحكم.

2- الدراية بالقواعد الشرعية:

يبدو النظام في هذه النقطة وكأنه يحاول محاكاة الشروط المتطلبة في القاضي وفقا للفقه ولو بأدنى درجاته، وان قيل بان المذهب السائد في المملكة العربية السعودية هو المذهب الحنبلي، فإنه ومع وجود مثل هذا الشرط وبالمقارنة مع الشروط المتطلبة في القاضي وما جرى عليه العمل في اختيار القضاة في السلك القضائي فإن الباحث يجزم بان المشترع السعودي وان كان متشددا في مسألة الشروط المتطلبة في القضاء إلا أنه يبدو أقل تشددا في نظام التحكيم السعودي، حيث النص جاء مطلقا في نظام القضاء بالقول أنه لا بد من الأهلية الكاملة للقضاء بحسب ما نص عليه شرعا. بينما في نظام التحكيم اشترطت الدراية بالقواعد الشرعية، ويجزم الباحث أيضا من خلال الواقع العملي أن النظام أخذ بمفهوم كلام أحمد (فشروط القضاء عند الحنابلة تعتبر حسب الإمكان، ويجب تولية الأمثل فالأمثل، وعلى هذا يدل كلام احمد، فيولى عند عدم الأمثل انفع الفاسقين، وأقلهما شرا، وأعدل المقلدين واعرفهما بالتقليد، وإلا لتعطلت الأحكام واختل النظام).[2]

وما يؤيد وجهة نظر الباحث خاصة في بلاد مثل المملكة العربية السعودية باعتبارها دولة تحكم وفق أحكام الشريعة ما جاء عند محمد الزحيلي الذي يجزم أن

---

1 راجع: البهوتي، كشاف القناع، جـ 15، ص 17. حيث جاء فيه (و من شروط صحتها) أي: ولاية القضاء (معرفة المولى) بكسر اللام (كون المولي) بفتحها (على صفة يصلح للقضاء) لان مقصود القضاء لا يصلح إلا بذلك، ولأن الأصل العدم، فلا تجوز توليته مع عدم العلم بأهليته، كما لا تجوز توليته مع عدم العلم بصلاحيته

2وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 33، ص 293، في إشارة إلى كتب أدب القاضي للحموي وشرح منتهى الإرادات وكشاف القناع والمغني والأحكام السلطانية لأبي يعلى

جميع المذاهب في العصور المتأخرة لم يشترطوا الاجتهاد في القاضي واشـترطوا العلم بالأحكام الشرعية ولو على مذهب أحد الأئمة.[1]

إن المعرفة بالقواعد الشرعية مسألة بدأ الجدل حولها أيام الدولـة العثمانيـة وربما تكون من أحد أسباب وضع مجلة الأحكام العدلية العثمانية حيث يشير واضعو المجلة إلى مثل هذا الأمر والى الإشكال بين ما هو قانوني وشرعي على اثر تطبيق نظام التجارة العثماني الذي سبق وجوده وجود المجلة فكان وضع المجلـة لتـدارك مثل هذا الإشكال حيث وضعت القواعد الفقهية في مواد في صدر المجلـة وعكـف فقهاء الحنفية على شرحها فيما بعد. وأما القواعد الشرعية ذاتها التي قصدها النظام السعودي فهي في اصطلاح الفقهاء الحكم الكلي أو الأكثري الذي يراد بـه معرفـة حكم الجزئيات[2] أما (الشرعية) فالمقصود بها الموقوفة على خطـاب الـشارع ولا تدرك بدونه ولا فرق بين أن يكون الخطاب بنفس الحكم أو بنظيره، وحينئذ يكـون النظير مقيسا على نفس الحكم ويكون نفس الحكم مقيسا عليه.[3]

ويلاحظ أن نظام التحكيم اشترط في حال تعدد المحكمين أن يكون رئيـسهم على دراية بالقواعد الشرعية، مما يثر التساؤل حول كون المحكم أن كان فردا تـم اختياره والتراضي عليه من قبل الخصوم ؟ فمقتضى النص يشير إلى أنه إن كـان محكما فردا فيجب على المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع أن تتأكد من أنه على دراية بالقواعد الشرعية.

على أن مصطلح الدراية على ما يبدو استخدم قصدا وهو يشير إلى ما هـو اكبر وأعمق من مجرد المعرفة العادية بالقواعد الشرعية، لا بل أنه إشارة إلى أنـه يجب أن يكون المحكم الفرد أو رئيس الهيئة ممن يصلح للقضاء، وهذا تفسير آخـر ربما يخطر لأي متتبع لنصوص نظام التحكيم.

على أن المشترع السعودي مستخدما حرف العطف مباشرة بعد عبارة الدراية بالقواعد الشرعية وأردف بالقول: أنه يشترط في رئيس هيئة التحكيم أن يكون على

1 الزحيلي، محمد، فقه القضاء والدعوى والإثبات، ص 85.

2 علي حيدر، شرح المجلة، المجلد الأول، ص 17

3 علي حيدر، شرح المجلة، المجلد الأول، ص 16

دراية بالأنظمة التجارية والعرف والتقاليد السارية في المملكة، فيبدو أن المقصود هو الدراية بالأنظمة التجارية في المملكة فإذا أضيف إليها شرط الدراية بالأعراف والتقاليد السارية في المملكة أيضا مع احتمال أن يكون المحكم فردا يشير بوضوح إلى أن نظام التحكيم الحالي وكما ذكر الباحث وضع ليحكم العلاقات الداخلية فقط ولا احتمال فيه حتى لمشاركة من قبل محكمين عرب في حال كون المحكم فردا لأنه لو كان على دراية بالقواعد الشرعية والأنظمة التجارية فمن أين يتأتى له الدراية بالتقاليد السارية في المملكة،[1] مما يشير إلى أن نظام التحكيم لم يراع أنه يجب أن يعطي الأولوية للمنازعات التجارية التي يمكن أن يتم الاحتكام فيها إلى أهل الخبرة لتحديد العرف فيها حيث الاستعانة بأهل الخبرة من أرباب التجارة أمر وارد ولا تثريب على المحكم أن يكون على غير دراية بكل أعراف التجارة المحلية، وأما أعراف التجارة الدولية فيبدو أن نظام التحكيم كما ذكر الباحث وضع ليكون داخليا، خاصة إذا أخذ في الاعتبار التدخل الواضح من قبل المحكمة تحت تأثير فكرة الولاية.

ويبدو أن ما تم النص عليه من قول: أنه يشترط في المحكم أن يكون من ذوي الخبرة يصب في الشرط السابق في تأثر واضح بفكرة أن التحكيم ولاية قضائية، فتكون مناقشة شرط أن يكون حسن السيرة مرادفا تماما لشرط العدالة في الفقه الإسلامي وهي إحدى شروط تولية القضاء.

وكل هذه الشروط ما وضعت إلا بتأثير من فكرة الولاية وأن عمل القاضي عمل قضائي وهذا ما يشير إليه الواقع العملي حيث أن المحكمة المختصة وان كانت

---

1 رغم أن قضاء الديوان يشير إلى عدم شرط الإقامة إلا انه بتصور الباحث فان هذا الأمر لا يمكن التأكد منه في حال كون رئيس هيئة التحكيم من غير المقيمين في المملكة قرار رقم 22/ت/4 لعام 1413هـ - ديوان المظالم - الثابت من نصوص نظام التحكيم أنه يشترط في المحكم أن يكون وطنياً أو من الأجانب المسلمين ولم يرد في النظام أو لائحته التنفيذية أي قيود أُخر وبالتالي فإن رفض هيئة حسم المنازعات للمحكم الذي اختارته الشركة وقيامها هي بتعيين محكم آخر لكون المحكم الذي اختارته الشركة غير مقيم في المملكة ولا يحمل تصريحاً بذلك يعد وضعاً لقيود وشرط لم ينص عليها النظام وانتهت الهيئة إلى إلغاء قرار اعتماد وثيقة التحكيم وما ترتب عليه من صدور الحكم – المصدر موقع محامو السعودية على شبكة الانترنت

تبلّغ المحكم باعتماد وثيقة التحكيم للمباشرة فيه فإنها في نفس الوقت تقـوم بعمليـة استخلاف له لا بل وبمجرد بدء التحكيم تفرض المحكمة سيطرة وهيمنة كاملة على كافة مجريات العملية التحكيمية هذا ما يؤكده واقع التحكيم ويؤكده القضاء السعودي[1] حتى أن نظام التحكيم السعودي استخدم نفس العبارات المستخدمة في الفقـه وهـي العزل وأما بالنسبة للرد فيعامل المحكم نفس معاملة القاضي من حيث أسباب الرد.

والنتيجة أن نظام التحكيم الحالي قد صدر لتحكيم العلاقات الخاصة الداخليـة وذلك من الناحية الواقعية إذ من الصعوبة على أي طرف أجنبي القبول ببقاء فكـرة الولاية القضائية ومتطلباتها مسيطرة على عملية اختيار المحكمين لأنه حتى في حالة تعدد هيئة التحكيم فإن للمحكمة دورا في اختيار رئيس الهيئة من طبقة من الخبـراء يخضع تقدير خبرتهم لها حتى لو اتفق الأطراف على اسم رئـيس الهيئـة فيبقـى للمحكمة المختصة أصلا في نظر النزاع القول الفصل في أهليته وفقا لاشـتراطات نظام التحكيم مع هيمنة واضحة لفكرة الولاية القضائية وأنها بالنتيجـة مـن بـاب استخلاف قضاء عام لقضاء خاص تخضع كل قراراته حتى الإعدادية منها لهيمنـة المحكمة المختصة أصلا في نظر النزاع.[2]

---

1 قرار رقم 143/ت/4 لعام 1412هـ هيئة التدقيق بديوان المظالم (أن يكون المحكم من ذوي الخبرة حسن السيرة والسلوك كامل الأهلية وأضافت اللائحة التنفيذية للنظام المذكور أن يكون المحكم مـن الوطنيين أو الأجانب المسلمين وأن يكون رئيس المحكمين عند تعددهم على دراية بالقواعد الشرعية والأنظمة التجارية والعرف والتقاليد السارية في المملكة وأعطى النظام للجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع دوراً أساسيا في الهيمنة والأشراف على التحكيم ابتداء من اعتماد وثيقة التحكيم وانتهاء بتنفيذ حكم المحكمين ونظر الاعتراض المقدم من الخصوم)

2 ينص نظام التحكيم على مادة (18):جميع الأحكام الصادرة من المحكمين ولو كانت صادرة بإجراء من إجراءات التحقيق يجب إيداعها خلال خمسة أيام لدى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع وإبلاغ الخصوم بصور منها. ويجوز للخصوم تقديم اعتراضاتهم على ما يصدر من المحكمين إلى الجهـة التي أودع لديها الحكم خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغهم بأحكام المحكمـين وإلا أصـبحت نهائية.

مادة (19): إذا قدم الخصوم أو أحدهم اعتراضاً على حكم المحكمين خلال المدة المنصوص عليها في المادة السابقة تنظر الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع في الاعتراض وتقرر إما رفـضه وتـصدر الأمر بتنفيذ الحكم أو قبول الاعتراض وتفصل فيه.

2.3 مسألة تعيين المحكم:

1.2.3 تعيين المحكم وفقا للفقه الإسلامي:

ذكر الباحث سابقا أن المحكم ركن في التحكيم وأشار إلى ما ذكر من أقـوال في مسألة كون المحكم لا بد أن يكون معلوما [1] كل ذلك تجنبا للجهالة، ويلاحظ أنـه حتى بالنسبة لما قال به بعض الحنفية بأنه لا يشترط أن يكون المحكم شخصا يعرفه الطرفان، أو من معارفهما بحيث لو عينا شخصا لا يعرفانه فهو جائز[2] هذا الرأي لا يعني أن الحنفية قصدوا أن يكون ذلك في صورة شرط تحكيم لم يـتم فيـه تـسمية المحكم، بل المقصود أن من عيناه حكما هو بالضرورة علم معروف باسمه حتى لو لم يكن من معارف الطرفين المتنازعين لأن الجهالة تكون بعيدة عن اتفاقهما وذلـك لأنه وان لم يكن المحكم معروفا من قبلهما إلا أنه معـروف بـصلاحيته للتحكـيم، فيتوقف الأمر فيما بعد على رضاه وقبوله التحكيم فيما بين المتخاصـمين كمـا أن الاصطلاح على أن يحكم بين المتخاصمين فلان أو فلان يعنـي بالـضرورة أن أي منهما صالح للتحكيم.[3] [4]

وكل هذه الصور التي أشار إليها الفقه الحنفي لا تخرج عن الإجماع في هـذا الخصوص من كون المحكم لا بد أن يكون معلوما.

---

1 راجع الهامش الخاص بركن التحكيم في هذا البحث وراجع: وزارة الأوقـاف الموسـوعة الفقهيـة الكويتية، جـ 10، ص 237، التي أشارت إلى أن إجماع المذاهب الأربعة منعقد وجوب أن يكـون المحكم معلوما والمثال المشهور الذي طرحه الفقه انه لو حكما أول من يدخل المسجد لم يجز لما فيه من الجهالة

2 علي حيدر، شرح المجلة، المجلد الرابع، ص 640.

3 الشيخ نظام وآخرون، الفتاوى الهندية، جـ 3، ص 398، حيث جاء فيها: وإذا اصطلح الـرجلان على حكم يحكم بينهما ولم يعلماه ولكنهما قد اختصما إليه وحكم بينهما جاز، وإذا اصـطلحا علـى غائب يحكم بينهما فقدم وحكم بينهما جاز كذا في المحيط، وإذا اصطلحا على أن يحكم بينهما فـلان وفلان فأيهما حكم بينهما جاز وإذا تقدما لأحدهما فقد عيناه للخصومة ولا يبقى الآخر حكما كذا في الملتقط

4 هذا مع افتراض أن النزاع قائم بطبيعة الحال

ويرى الباحث أن المغزى من هذا الإجماع على وجوب أن يكـون المحكـم معلوما سببه وعلته الشروط التي يجب أن تتوافر في المحكم وهي شروط تختلف من شخص إلى آخر، ولم يفترض الفقهاء قيام الطرفين بالاتفاق على التحكيم علـى أن يتفقا فيما بعد على أن يعينا حكما من المعروفين بالقدرة على التحكيم وتتوافر فـيهم شروط المحكم، وذلك على ما يبدو لأن زمان الاجتهاد في ذلك الوقت للقـول بهـذا الرأي، لم يسعف بأمثلة من الواقع فلم تكن متصورة، وهنا وجب الالتفات إلى السياق التاريخي لزمن الاجتهاد والى طبيعة التعاملات في ذلك الوقت.

والدليل على أن الأمر يتعلق بمواصفات المحكم، قول الحنابلة: بان الطـرفين لو تعاقدا على التحكيم في الحرب وذلك عند نزول العدو على حكم المسلمين وجعلا للإمام تعيين الحكم جاز ولم يضر الجهل به، لأنه لا يختار إلا الأصلح.[1]

فلو لم يكن الأمر متعلقا بمواصفات يجب توافرها في المحكم لما قيـل علـى لسان الحنابلة ما قيل سابقا، ولما قيل لا يجوز للرجلين أن يتحاكما إلـى أول رجـل يدخل عليهما المسجد، لأنه ربما يكون أول الداخلين غير متصف بصفات المحكم ولا يملك الشروط المطلوبة فيه.

فإذا فهمنا أن اختلاف الفقهاء يختلف باختلاف الزمان، أصبح مـن الـسهل معرفة علة الرأي أي رأي الحنفية فيما ذكر آنفا، فهو أي المحكم فيما نقل عن بعض الحنفية وان كان غير معروف عندهم، إلا أنه معروف بوصفه باعتباره علما، وأمـا القول بان يحكم فلان أو فلان، فيفهم منه أنهما كليهما صالحان للحكـم مـن خـلال معرفة ما يتصفان به من شروط.

ومن خلال ما سبق فعلى ما يبدو أن الجنوح إلى التحكيم لدى فقه السلف كان لا يحتمل أن يتم التراخي فيه في مسألة تعيين المحكم ليرجأ تعيينه إلى ما بعد، اللهم إلا إذا كان معروفا بشروطه وصفاته وصلاحيته للتحكيم بحيث يرجا تعيينه على هذا الأساس كما ذكر عند الحنفية، لأن الأمر يتعلق بشروط ومواصفات لا بد أن تكـون متوفرة في المحكم، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يبدو أن العصور التي عاشـوا فيها لا تحتمل اتفاقا على التحكيم دون معرفة المحكم أو على الأقل إمكانية تعيينه من

1 مشار إلى رأي الحنابلة لدى: آل خنين، التحكيم في الشريعة....، ص 101

بين من يملكون شروطه وإلا اعتبر الاتفاق عبثا، وهو أمر لا يمكن أن نجـده فـي العصر الحاضر لأن التعاقدات تمتد لسنوات وليست ببساطة تعاقدات الماضي.

وما يؤيد وجهة النظر السابقة أن بعض الفقه المعاصر رجح أنه لا يوجد مـا يمنع من الاتفاق على التحكيم دون أن يكون المحكم معينا، ورغم تبرير هـذا الفقـه لترجيحه من جواز الاتفاق على التحكيم في إطار تقليدي بالقول إن التحكيم كالقضاء فلا يشترط معرفة القاضي، أو الاستشهاد بقصة التحكيم في الحجر الأسـود عنـدما احتكمت قريش إلى أول رجل يطلع من الفج وكان الرسول ﷺ أول من طلـع، وان هذا الأمر لم يكن مستنكرا من الرسول ﷺ بعد بعثته على اعتبار أنه كان مصونا من كل قبح.[1]

إلا أن التفسير الحقيقي للاتجاه الذي قال به الفقه الإسلامي المعاصر يجب أن لا يبتعد عن السياق التاريخي وطبيعة التعاملات في عصر فقه السلف وان العلة من رأيهم في وجوب أن يكون المحكم معينا أو قابلا للتعيين إذا كان معروفـا بوصـفه وقدرته على التحكيم هي علة انتهت إلى غير رجعه في ظـل معطيـات العـصر الحاضر وذلك دونما حاجة إلى التدليل على ما يعتبر اجتهادا من قبلهم بضرب أمثلة من التاريخ لأن المسألة محل الخلاف مسألة فروع لا أصول وإلا لما تجرأ أحد على الفتوى بها، لتبقى بقية الأمر منحصرة فيما بعد بمواصفات المحكم الذي سيتم تعيينه، ما دام أن هناك من الفقه المعاصر من تجاوز مسألة الاتفاق المجرد علـى التحكـيم كاتفاق ملزم دونما حاجة لأن يكون المحكم ركنا فيه.

2.2.3 تعيين المحكم وفقا لنظام التحكيم السعودي ولائحته التنفيذية:

يتضح التأثر بالفقه الإسلامي فيما يخص مسألة التعيين التي يبدو من ظـاهر النصوص أن المشترع السعودي ابتكر لها حلولا تتوافق نسبيا مع معطيات العـصر دون إهمال للرأي الراجح في الفقه الإسلامي من ضرورة أن يكون المحكم معلومـا من أطراف النزاع.

---

1 آل خنين، التحكيم في الشريعة، ص 101-102

وعلى ما يبدوا أن المشترع نفسه وظف بعض أقوال المذهب الحنبلي في هذا الخصوص حيث لا لزوم للقول بوجوب أن يكون المحكم معروفا إذا كـان منوطـا بالوالي اختياره لأن الوالي يختار الأصلح [1] ولم يكن من طريـق للمـشترع حتـى يضفي ما يعتقد أنه متوافق مع رأي الفقه الإسلامي في هذه المسألة إلا مـن **خـلال ابتكار وثيقة التحكيم التي من خلالها تتم التولية أو الاسـتخلاف للمحكـم** بـشكل واضح بعد أن يتم التأكد من صلاحيته للتحكيم، وما الشروط المطلوبة فـي المحكـم التي فرضها نظام التحكيم ولائحته إلا اكبر دليل على هذا الأمر.

وهنا يشير الباحث إلى أن المشترع السعودي تعامل مع شرط التحكيم السابق كشرط، كما تعامل مع اتفاق التحكيم اللاحق كمشارطة [2] موسعا من دائرة الـشروط المقبولة بين المسلمين تمشيا مع القاعدة الفقهية:(أن المسلمين عند شروطهم)، ما دام أن هذه الشروط لا تخالف مقتضى العقد، وهذا ما يمكن التوثق منه من خلال أحكام القضاء السعودي، لذا وكما أشار الباحث في غير موضع أن الأمر يتعلق باستخلاف وتولية لهما أصل في الفقه الإسلامي، ويبدو واضحا أن المشترع السعودي وفي ظل عدم وجود تقنين لنظام المعاملات المدنية كان حريصا على مسألة أن يحكم المحكـم بما لا يخالف اجتهاد القاضي، فتبدو هواجس فقه السلف من كون حكم التحكيم ربما إذا لم يتم تنفيذه طوعا سيتم عرضه على القاضي المولى الذي لا يستطيع أن يمضيه

---

1 وقد أشير إليه سابقا

2. قرار رقم 150/ت/4 لعام 1413هـ -نظام التحكيم ولائحته التنفيذية توجب إيداع وثيقة تحكيم لدى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع وصدور قرار منها باعتماد الوثيقة بعد قيد طلب التحكـيم فـي السجل الخاص بذلك وعلى تلك الجهة أخطار هيئة التحكيم بقرار الاعتماد لكي تباشر نظر النـزاع المحدد موضوعه بالوثيقة المعتمدة ولا يحول دون ذلك رفض أحد طرفي النزاع للتحكيم بالرغم من التزامه بشرط التحكيم مسبقاً إذ في هذه الحالة يتم إعداد الوثيقة من الطرف الآخر تحـت إشـراف الدائرة وإذا استوفت شرائطها المنصوص عليها نظاماً وأصر الخصم على عدم التوقيع تحرر الدائرة محضراً بذلك وتصادق عليها ثم تصدر قراراً باعتمادها – المصدر موقع محامو الـسعودية علـى شبكة الانترنت.

إذا خالف مذهبه[1] وذلك باعتبار أن إمضاءه فيه تعد لأثر حكم التحكيم إلى الغير ممن هم تحت ولاية القاضي المولى وباعتبار إمضاءه الحكم بمثابة مفعول القانون الجديد يلغي القانون القديم كله أو بعضه وفي كل ما يتعارض معه، ولكن الجديـد بالنـسبة لنظام التحكيم السعودي أن الحرص لديه وصل إلى حد المشاركة الفعلية للمحكمة في العملية التحكيمية من بدايتها وحتى نهايتها ولم يقتصر دور المحكمة علـى الأمـر بالتنفيذ فقط لا بل وزيادة في الحرص فإن القضاء السعودي لا يعتبر اعتراض ذوي الشأن للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع والمشرفة عليه اعتراضا لـدى درجـة جديدة من درجات التقاضي[2] ربما يتبعه الطعن تدقيقا لدى هيئة التدقيق فـي ديـوان المظالم[3] التي يفترض أن تراجع الحكم تدقيقا

---

1 إن التنفيذ والقبول بحكم التحكيم لا يثير مثل هذا الأمر ولكن الاعتراض على حكم التحكـيم خـلال المدة المنصوص عليها في النظام قد يكون البوابة التي يمكن أن يثار من خلالها مثل هذا الأمـر، ويبدو أن منح حق الاعتراض يعني أن المشترع السعودي قد تبنى موقف مجلـة الأحكـام العدليـة العثمانية، فوفقا للمذهب الحنفي (فإنه إذا رفع حكم الحاكم المحكم إلى القاضي المـولى فالقاضـي ينظر في حكمه فان كان موافقا لرأيه نفذه وان كان مخالفا لرأيه أبطله وان كان مما يختلـف فيـه الفقهاء، راجع: الشيخ نظام وآخرون، الفتاوى الهندية، جـ 3، ص 398) وانظر كـذلك: علـي حيدر، شرح المجلة، المجلد الرابع، ص 645- 646

2 حكم رقم 53/ت/4 لعام 1415هـ :نص نظام التحكيم على أنه تنظر الجهة المختصة أصـلاً بنظـر النزاع من الاعتراض وتقرر إما رفضه.....وقد وردت عبارة الجهة المختصة بنظر النزاع بصيغة العموم دون تحديد درجة قضائية بذاتها ومن ثم فالجهة التي تنظر القضية تطبق الإجـراءات التـي تتبعها عادة في القضايا المماثلة مما لا يصح معه القول بنهائية حكم الدائرة باعتبارها درجة ثانيـة بعد هيئة التحكيم التي هي بمثابة درجة أولى – إذ إن ذلك يتعارض مع القواعد الإجرائية المقـررة في قضايا الديوان:المصدر موقع محامو السعودية على الانترنت.

3 على انه ووفقا لنظام القضاء الجديد الذي اسند القضايا التجارية إلى المحاكم العامة تحـت مـسمى المحاكم التجارية ومن ثم إنشاء محاكم استئناف ومحكمة عليا فان ذلك سيؤدي إلى أن ينهض القضاء العام بمهمة التصدي للنظر في القضايا التجارية بدلا من أن يبقى أمر نظرها مـسندا إلـى ديـوان المظالم (القضاء الإداري) استثناءا وهو حل اتبعه المشترع السعودي ردحا من الـزمن لأسـباب تتعلق بالتأهيل بالنسبة للقضاة وربما بمسالة أخرى تتعلق بالصراع بين ما هو قانوني وشرعي وهي حقبة يبدو أنها ستولي إلى غير رجعه بعد إقرار نظام القضاء الجديد الذي يطبق تدريجيا بالترافق مع مشروع ضخم رصدت له ميزانية تقدر بسبعة مليارات ريال، ولذا وحتى ساعة إعداد هذا البحث فان

وعلى ذلك يبدو جليا أن التحكيم وفقا لنظام التحكيم السعودي وان كان منتهاه هو الحكم لكن الاعتراض على الحكم لدى الجهة المختصة أصلا في نظر النزاع هو مد للخصومة من حيث الموضوع ولا تجبر المحكمة بالأخذ برأي المحكمين فلها أن تتفحص الموضوع وتكمل ما تم إغفاله لتحكم إما بالإمضاء لحكم المحكمين أو تحكم بخلاف ذلك ليكون المجال مفتوحا للاعتراض مرة أخرى على الحكم المصادق عليه أو على الحكم الصادر من المحكمة لدى هيئة التدقيق.

على أن هذه الطريقة المبتكرة في تعيين المحكم على ما يبدو هي التـي رأى المشترع السعودي أنها المتوافقة مع ما قال به جمهور الفقهاء ولكن) وهذادار الحق في الاتفاق على التحكيم من حيث المبدأ إذا لم تحوي الوثيقة اسم المحكـم أو كـان التحكيم متفقا عليه بموجب شرط خلا من اسم المحكم أو المحكمين، غاية مـا فـي الأمر أن يتم التأكد من أن المحكم صالح للحكم، وكل هذا يفسر العلة من النص الذي اشترط الدراية بالقواعد الشرعية والأنظمة التجارية والعرف والتقاليد السارية فـي المملكة، وهو نص يرى الباحث أن له علاقة بنص الفقرة (أ) من المادة 31 من نظام القضاء[1] التي تنص على وجوب (أن يكون سعودي الجنسية بالأصل) وكأن نـص نظام التحكيم فيما يتعلق بالدراية بالقواعد الشرعية والأنظمـة التجاريـة والتقاليـد السائدة في المملكة يفسر سياسة المشترع السعودي بخصوص ما جاء في نص الفقرة المشار إليها في نظام القضاء وهو على ما يبدو تحوط مـن المـشترع لمـسألة أن الشخص المؤهل للقضاء من غير حاملي الجنسية السعودية برابطة الدم كأن يكـون اكتسبها بالتجنس غير قادر على المعرفة التامة بتقاليد البلاد.[2]

ديوان المظالم ينظر القضايا التجارية استثناءا إلى حين ترتيب أوراق الجسم القضائي فـي المملكـة العربية السعودية بما يتواءم مع نظام القضاء الجديد، مع توجه واضح ملحوظ نحـو قيـام الدولـة بتشجيع خريجي الشريعة والفقه وأصوله بإكمال دراستهم العليا للحصول على الماجستير في القانون

1 علما أن نظام القضاء القديم كان يحوي نفس هذا الشرط

2 وهذه مسالة محل نظر إذ أن التجنس عادة ما يمنح لذوي الكفاءات بشرط الإقامة الطويلة في المملكة والإقامة الطويلة في المملكة تؤدي في غالب الأحيان إلى التعرف عن كثب على التقاليد السائدة فـي المملكة

كل ذلك مع التأكيد على أن نظام التحكيم قد استثمر توجها بدأته مجلة الأحكام العدلية وان كان بطريقة مغايره من خلال نص المادة 1847 التي جاء فيها (لكـل من الطرفين عزل المحكم قبل الحكم. **ولكن إذا أجازه الحاكم المنصوب مـن قبـل السلطان المأذون بنصب النائب بعد تحكيم الطرفين إياه فيكون بمنزلة نائـب هـذا الحاكم لأنه استخلفه**) وهذا النص يعتبر نصا مكملا هدفه إعطاء مزيد من القـوة لما يصدر عن المحكم من حكم.

وعلى ذلك فمن خلال التمعن في نصوص نظام التحكـيم الـسعودي فيبـدو واضحا أن المشترع احترم شرط التحكيم والمشارطة اللاحقة على النزاع التـي لا تحوي اسم المحكم أو أسماء هيئة التحكيم وتم احتيار حلول توفيقية رأى المـشترع أنها متوافقة مع اتجاه فقه السلف في هذا الخصوص وتتوافق من جهة أخرى مع ما جرى عليه العمل في قوانين التحكيم الحديثة عند امتناع أحد الأطراف عن المشاركة في تعيين المحكم[1] فمن الواضح أنه إذا لم تتبع الآلية المنصوص عليها فـي المـواد (6) و(7) من اللائحة التنفيذية لنظام التحكـيم فـإن المـشترع يفـوض المحكمـة صلاحيات واسعة حيث ينص نظام التحكيم في مادته العاشرة على ما يلـي:(إذا لـم يعـين الخصوم المحكمين أو امتنع أحد الطرفين عن تعيين المحكـم أو المحكمـين الذين ينفرد باختيارهم أو امتنع واحد أو أكثر من المحكمين عن العمل أو اعتزله أو قام به مانع من مباشرة التحكيم أو عزل عنه ولم يكن بين الخصوم شـرط خـاص عينت الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع من يلزم من المحكمين وذلك بنـاء علـى طلب من يهمه التعجيل من الخصوم ويكون ذلك بحضور الخصم الآخـر أو فـي غيبته بعد دعوتـه إلى جلسة تعقـد لهذا الغرض ويجب أن يكون عدد مـن يعينون مساوياً للعدد المتفـق عليه بين الخصوم أو مكملاً له ويكون القرار في هذا الـشأن نهائياً).

وهنا يبدو جليا أن المحكمة تتدخل في التعيين في الحالات التالية:

---

1 هذا مع الفارق بطبيعة الحال إذا يبدو جليا من نصوص نظام التحكيم أن المحكم قاض ولكـن فـي حدود اتفاق الخصوم وهو قاض بولاية مؤقتة مستمدة من الاتفاق ولكن باعتماد من المحكمـة بعـد التأكد من صلاحيته للتحكيم

1- إذا لم يعين الخصوم المحكم أو هيئة التحكيم أو امتنع أحـد الأطـراف عـن التعيين بالنسبة للمحكم أو المحكمين الذين ينفرد بتعيينهم حسب الاتفاق.

وبطبيعة الحال فإن هذه الحالة لا يمكن تصورها إلا إذا كان هناك دفع بوجود شرط للتحكيم أو طلب مقدم للمحكمة للمطالبة بإحالة النزاع إلى التحكيم سواء كـان الطلب مستندا إلى شرط أو مشارطه تحكيم وعلى ضوء ذلك تقوم المحكمة بإصدار حكم بإحالة الأمر إلى التحكيم وتضمن حكمها ما يشير إلى وجوب مباشرة أطـراف النزاع بإعداد وثيقة التحكيم وتحديد النزاع وتسمية المحكمين لاعتماد وثيقة التحكـيم والمضي في الإجراءات التحكيمية بعد ذلك، فإذا لم يتفق الخصوم فيما بينهم علـى تعيين محكم وإدراج اسمه في وثيقة التحكيم أو كان الامتناع مصدره أحد أطـراف النزاع فإن المحكمة تتدخل، وأما تدخلها فباعتقاد الباحث أنه لا يكون إلا بناء علـى طلب من يهمه التعجيل من الخصوم كما يفهم من متن المادة (10)، ويقتصر قرارها على تعيين المحكم أو هيئة التحكيم، وهذا يشير بوضوح إلى اختفاء وثيقة التحكـيم التي قال البعض عنها أنها تكمل اتفاق التحكيم.[1]

ويبدو أن هذه المادة أصابها خلل في الصياغة من حيث القول: (إذا لم يعـين الخصوم المحكمين) لأن هذه العبارة قد تحمل على أكثـر مـن معنـى ويبـدو أن مقصود المشترع السعودي القول: (إذا لم يتفق الخصوم على تعيين المحكم أو هيئة التحكيم) لأنهم إذا لم يعينوا المحكمين ولم يكن من اختلاف فهذا تنازل مـنهم عـن التحكيم لا دخل للمحكمة فيه.

2- إذا امتنع واحد أو أكثر من المحكمين عن العمل أو اعتزله أو قام به مانع من مباشرة التحكيم أو عزل عنه.

ففي هذه الحالة فإن المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع وفق هذا الاحتمال تكون قد قامت مسبقا باعتماد وثيقة التحكيم وإبلاغ المحكمين بقرارها وقامت الحالة المشار إليها وفق الاحتمالات المذكورة فتتدخل المحكمة بتعيـين مـن يلـزم مـن المحكمين ما لم يكن هناك شرط خاص بين الخصوم فيعمد إلى الاحتكام لهذا الشرط

1 ولا يعود من سبب لتمسك المحكمة بها لان النزاع قد تحددت أطرافه وحدد فلم يبق إلا تولية المحكم التي هي العلة الأساسية من وثيقة التحكيم.

الخاص، كل ذلك بطبيعة الحال بناء على طلب من يهمه التعجيـل مـن الخـصوم ويكون ذلك بحضور الخصم الآخر أو في غيبته بعد دعوتـ ـه إلى جلسة تعقـ ـد لهذا الغرض ويجـ ب أن يكون عدد مـ ن يعينون مساوياً للعدد المتفـ ق عليه بـ ين الخصـ وم أو مكملاً له في إشارة واضحة إلى احترام إرادة الأطـ راف فـ ي هـ ذا الخصوص ويكون القرار في هذا الشأن نهائياً.

3- إذا لم يكن رئيس هيئة التحكيم ممن تتوافر فيهم شروط النظام.

فإذا اتفق المحكمون المعينون من كل طرف على اسم المحكم الثالث كرئيس لهيئة التحكيم وتبين أنه على غير دارية بالقواعـ د الـ شرعية والأنظمـ ة التجاريـ ة والأعراف السائدة فإن من حق المحكمة أن لا تعتمد وثيقة التحكيم إلا بعـ د أن يـ تم الاتفاق على من تتوافر فيه شروط نظام التحكيم ولائحته التنفيذية، وهذا التدخل فـ ي التعيين وإن لم يتم الإشارة إليه صراحة إلا أن مقتضى النصوص واللائحة تشير إلى ذلك.

3.3 انتهاء ولاية المحكم:

1.3.3 انتهاء ولاية المحكم وفقا لعقد التحكيم أو وفقا لمقتضاه في الفقه الإسلامي:

فقد تنتهي ولاية المحكم وفقا لذلك بالأمور التالية:

أولا: الفصل في موضوع النزاع بحكم:

فإذا فصل المحكم في النزاع انتهى التحكيم وانتهت ولايته عليه (أي انعـ زل حسب اصطلاح فقه السلف) وعلى أي نزاع آخر بين الخصمين، وفي ذلك يقـ ول الحنفية بان الحكم في هذا الشأن كالقاضي إذا ولي في قضية بخـ صوصها ينعـ زل بصدور الحكم.[1]

---

1 وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 10، ص 247.

وكذلك آل خنين، التحكيم في الشريعة..، ص 153 ويشير آل خنين إلى شرح المجلـ ة لعلـ ي حيـ در ومادتها رقم 1842، وهو أمر يمكن رصده في شرح المجلة لسليم رستم باز اللبناني فيمـ ا يخـ ص نفس المادة وهو شرح مأخوذ عن الفقه الحنفي وهذا الشرح وان كان يشير في ظاهره إلى ما ذهـ ب

ثانيا: انتهاء الدعوى التحكيمية بعارض موجب لإنهائها قبل الحكم فيها:

فقد تنتهي ولاية المحكم بانتهاء الدعوى التي ينظرها بغير حكم، كأن تنتهـي بالصلح القاطع للنزاع[1] أو الإبراء أو التنازل من المدعي عن دعـواه [2] أو بمـوت المحكم[3] على أن ذلك لا يمنع من الاستنتاج وفقا للرأي المعاصـر أنـه لا ينتهـي بالموت شرط التحكيم ولكن ينتهي اتفاق التحكيم إن كان المحكم عنصرا في الاتفاق أو سببا جوهريا فيه.

ثالثا: فقدان المحكم صلاحيته للتحكيم:

فتنتهي ولاية المحكم بفقدانه أحد شروط أهليته للحكم[4] فلا بد أن يكون المحكم صالحا للتحكيم وذلك باتصافه بالشروط اللازمة للمحكم وانتفاء التهم المانعـة مـن الحكم، فكما يشترط ذلك في المحكم ابتداء فإنه يشترط فيه دواما فإذا اختل شيء من تلك الأوصاف اللازم توفرها فيه انعزل (أي انتهت ولايته) بتلك الصفة.[5]

على أن الفقه الإسلامي المعاصر يخفف من حدة تداعيات هذا الأمر بحيث لا تنهار العملية التحكيمية إلى غير عوده بالقول (إلا إذا كان ثم مقتـضى لاسـتمرار التحكيم كالمشارطة عليه فينعزل الحكم ويعين غيره[6] وهذا الاتجاه المعاصـر ربمـا

إليه آل خنين إلا أن المادة المذكورة جاءت لأمر يتعلق بعدم تعدي اثر حكـم المحكـم إلـى غيـر المتنازعين راجع: باز،شرح المجلة، ص 1194- 1195

1 علي حيدر، شرح المجلة، المجلد الرابع، ص 647.

طالع تعليقه على المادة 1850 ونصها (إذا إذن الطرفان بالصلح المحكمين اللذين جعلوهما مـأذونين بالحكم توفيقاً لأصوله المشروعة فيعتبر صلحهم. وهو أنه إذا وكل أحد الطـرفين أحـد المحكمـين والآخر الآخر بالصلح في الخصوص الذي تنازعا فيه وتصالحا توفيقاً للمسائل المندرجة في كتـاب الصلح. فليس لأحد الطرفين أن يمتنع من قبول هذا الصلح)

2 آل خنين، التحكيم في الشريعة..، ص 153- 154

3 آل خنين، التحكيم في الشريعة..، ص 157 وهذا ما أشار إليه الحنفية

4 وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 10، ص 247.

وكذلك انظر: علي حيدر، شرح المجلة، المجلد الرابع، ص 640

5 السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص 59

6 آل خنين، التحكيم في الشريعة..، ص 155

يكون سببه أن فقه السلف لم يعرف شرط التحكيم كما أشير سابقا، وكان هناك خلاف بطبيعة الحال حول تأقيت التحكيم وإضافته.

على أن الفقه الإسلامي قديمه وحديثه لم يشر إلى ضرورة علم الأطراف بسبب عدم الصلاحية فيكفي أن يعلمها المحكم ليصبح في حكم الشرع منهي الصلاحية، وهذا يفهم منه أنه لو حكم وهو فاقد لأحد شروط الصلاحية فإن حكمه يعتبر باطلا حتى لو تراخى سبب اكتشاف الصلاحية (طبعا على الاختلاف بين كل مذهب وآخر في شروط الصلاحية).

رابعا: غيبة الحكم أو سفره أو مرضه:

لو غاب المحكم أو أغمي عليه أو سافر ثم بريء أو قدم من سفره كان على حكمه، وهذا قول الحنفية.[1]

وهنا يمكن القول أنه من خلال هذا الرأي ربما يستنتج أن زمان الاجتهاد كان في ظرف لم يكن للسرعة في فض النزاعات أهميته في الحاضر، أو لربما كان عدد من يتصدون إلى التحكيم قليل، كما ويفهم من خلال هذا الرأي للحنفية وفي ظل عدم معرفة فقه السلف للشرط التحكيمي المجرد، أنه والحالة هذه يمكن لمن كان متضررا من غيبة الحكم أو سفره أن يعزله وذلك إذا كان من مصلحته التعجيل في فض النزاع، وهنا يؤكد الباحث- على مسألة جوهرية وهي أنه يفترض أن يكون لكل رأي فقهي علّه، فإذا كان بعض الفقه على سبيل المثال قد رخصوا لأحد الطرفين بان يقوم بعزل الحكم مطلقا قبل الشروع في التحكيم أو بعده وقبل الحكم، وهو ما سيأتي عليه الباحث لاحقا، فإن ذلك كله مربوط بفلسفة واحدة في النظر إلى التحكيم كعملية القصد منها جلب المصالح، فإن كان في تحمل غيبة الحكم وسفره مصلحة وفقا للظرف الزماني فلا باس وإلا فلا، وعموما فإن هذا السبب إن تم ربطه بالسبب الذي يليه تتضح الصورة أكثر فأكثر.

أما فيما يتعلق بفكرة استنفاذ الولاية بالنسبة للمسائل التي يفصل فيها المحكم بشان ما يقدم من طلبات ودفوع والتي إذا فصل فيها يترتب عليها استنفاذ سلطته بشأنها وبالتالي لا يجوز العدول عن القرار الذي اتخذ بشأنها وليس للخصوم إثارة

---

1 آل خنين، التحكيم في الشريعة..، ص 156

نفس المسألة التي فصل فيها من جديد في نفس الخصومة ولو باتفاقهم وهي مـسألة من النظام العام بالنسبة للمسائل التي يفصل فيها المحكم قبل انتهاء الخصومة وفقـا لقوانين التحكيم المعاصرة.[1] فيبدو من خلال استقراء واقع التحكيم قديما فإن الأمـر مرهون باتفاق التحكيم ذاته وبالأعراف التحكيمية خاصة أن خصومات تلك الأزمنة ربما لا تحتمل التطرق إلى مثل المسائل التي تثار في عصرنا.

خامسا:انتهاء الأجل المحدد للتحكيم:

قد تكون ولاية المحكـم غير مقيدة بمدة معينة، أما إذا كانت مقيدة بمدة معينة وانتهت دون حكم ينعزل المحكم وينتهي التحكيم، وهذا ما عبر عنه الحنفية أيضا[2] [3]

سادسا: عزل المحكم لنفسه [4]

لقد اختلف الفقهاء في حق المحكم عزل نفسه بـشكل مطـابق للحـق فـي الرجوع[5] فعلى سبيل المثال فإن من يقول بحق الرجوع عن التحكيم إلى حين البـدء في الخصومة لا يجيز للمحكم أن يعزل نفسه إذا بدأت الخصومة وهكذا فعلى سـبيل المثال فإن المالكية صرح بعضهم بأنه لا يجوز للمحكم أن يعزل نفسه بغير رضـا الخصمين إذا شرع في نظر الخصومة وذلك يدل على جواز عزل نفسه قبل البـدء بالخصومة وهذا يطابق رأي هؤلاء ويماثله فيما يتعلق بحق الرجوع لكلا الخصمين

---

1 لمزيد من الاطلاع انظر: والي، فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص 462، ط 1، 2007م، منشأة المعارف، الإسكندرية

2 وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 10، ص 247.

وراجع: علي حيد، شرح المجلة، جـ 4، ص 643.

وكذلك راجع: آل خنين، التحكيم في الشريعة...، ص156, ويعلق آل خنين على ذلـك بـالقول إن ولاية القاضي اقوي من ولاية المحكم ومع ذلك إذا حددت ولاية القاضي بمدة معينة امتنـع عليـه القضاء بعد انتهائها، فيكون ذلك في المحكم من باب أولى

3 طبعا ما لم يتفق الطرفان على مد المدة، أو كان التحكيم شرطا (وفقا للفقه الإسـلامي المعاصـر) وبالتالي تم تعيين المحكم بموجب اتفاق مستقل وكان هناك التزام بينهم على آلية معينة في حال لـم ينتهي التحكيم في وقته المحدد

4 وقد فصل الباحث في هذه النقطة وقارن بين فقه السلف وقرار مجمع الفقه الإسلامي ونظام التحكـيم السعودي نظرا لأهمية هذه النقطة وحساسيتها

5 وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 10، ص 243 – 244

بحيث منعوه بدون اتفاقهما معا إذا بدأت الخصومة وعلّلوا رأيهم بالقول بـأن حـق الخصوم قد تعلق بولاية المحكم فليس له عزل نفسه بدون رضاهم[1] وعمومـا فقـد اختلف الفقهاء في هذا الأمر تماما كاختلافهم في حق أحد الخصمين في عزلـه دون رضا الآخر، ومن الملاحظ أن التدقيق في الفقه المالكي كعينة يقاس عليها في كيفية التعامل مع الرأي الفقهي أن اغلبهم أي اغلب المالكية قالوا في حـق عـزل أحـد الخصمين أنه جائز قبل الشروع في التحكيم وغير جائز بعد الشروع فيه، وهذا يدل على أن الرأي الفقهي كان على نسق واحد في مسألة عزل أحد الخصمين وحقه في ذلك منفردا قبل الشروع في التحكيم وعزل الحكم لنفسه قبل الشروع وعدم جـوازه بعد الشروع إلا بموافقة الطرفين، فالعلّة في كلا الرأيين هي واحدة وهـي تحقيـق مراعاة أن لا تتضرر مصالح الأطراف فيبدو أن العزل قبل الـشروع سـواء مـن طرف أحد الخصوم أو من الحكم قبل الشروع لم تكن تترتـب عليـه أضـرار ولا تفويت مصالح وإلا لما قالوا بهذا الرأي، وهذا هو فقه الواقع بعينه في زمانهم وفقـا لمعطيات ذلك الزمان.

ويبدو أن مجمع الفقه الإسلامي كان في قراره بعيدا عن مثل هذه الاعتبارات عندما أعطى الحق للمحكم بان يعزل نفسه في أي وقت يشاء ما لم يـصدر الحكـم وهذا ما أشارت إليه الفقرة الثانية من القرار بقولها:(ويجوز للحكم أن يعزل نفسه – ولو بعد قبوله – ما دام لم يصدر حكمه)، وهو أي القرار يشير إلى أن نتائج عـدم اللزوم للعقد المبرم بين الخصوم من جهة والمحكم من جهة تجعل من انسحابه مـن العملية التحكيمية في أي وقت تصرفا مأذون شرعا، باعتباره حقا، فإذا مـا صـح الاستنتاج بان المحكم وفقا لقرار المجمع هو عنصر في ركن العقد فإن ذلك يعنـي انهيار العملية التحكيمية برمتها.

أما إذا تطرقنا إلى نظام التحكيم السعودي فيما يتعلق بحق المحكم في عـزل نفسه فإنه يلاحظ أنه لم يرد بشأن هذا الأمر إلا نص وحيد هو نص المادة 14 مـن النظام والتي جاء فيها:(إذا عين محكم بدلاً عن المحكم المعزول أو المعتزل امتـد الميعاد المحدد للحكم ثلاثين يوماً). وهذا هو النص الوحيد الذي يلمح إلـى إمكانيـة

1 انظر تأصيل ذلك لدى: آل خنين، التحكيم في الشريعة....، ص 163-164

وجود فعل إرادي صادر من المحكم يشير إلى أن مبدأ عزل المحكم لنفسه وارد من حيث المبدأ، وذلك بعد أن أشار المشترع إلى الرد وأنه إذا ما تم الرد للمحكم وفقـا للأسباب التي يرد بها القاضي فإنه يطلق عليه لفظ (المعزول) وفيما خلا هذه المادة لا يوجد ذكر لحالات محددة يجوز فيها للمحكم عزل نفسه، مما يثير الشك بأن عزل المحكم لنفسه يخضع لمسألة إحالة إلى الراجح في الفقه الإسلامي مـن أن المحكـم يجوز له عزل نفسه في أي وقت ما لم يصد حكمه، وهذا الاستنتاج منطقي إذا مـا قورن برأي مجمع الفقه الإسلامي، ولا فرق إلا اللهم أن التحكيم لا ينهـار ليـصار بدلا من ذلك أن تكون هناك تولية لمحكم جديد، وكل ذلك أيضا يثير علامات استفهام حول المركز القانوني للمحكم وفقا لنظام التحكيم السعودي، فإذا كان لا يمكن رده إلا بما يرد به القضاة، فماذا يمكن القول في عزل نفسه إذا ما ترتب على قيامـه بهـذا ضرر ما.

وعلى ما يبدو أن المشترع السعودي جعل من عزل المحكم لنفسه من بـاب التصرفات المأذون بها شرعا؟

2.3.3 عزل الخصمين للحكم (الرجوع في التحكيم) ما بين فقـه الـسلف وفقـه الخلف ونظام التحكيم السعودي:

لقد تعمد الباحث إرجاء مناقشة حق الخصمين في عزل الحكم كأحد أسـباب انتهاء ولايته على المنازعة التحكيمية وفضل أن يناقشها في هذا المطلب لأن أمـر مناقشتها مرتبط بما قبلها من تعيين للمحكم ومرتبط بما بعدها بربطها من حيث شئنا أم أبينا بلزوم أو عدم لزوم عقد التحكيم في الفقه الإسلامي.

على أن من الضروري التنبه إلى أن الرجوع في التحكيم يعني عزلا للمحكم وعزل المحكم يعني بالضرورة رجوعا عن التحكيم ولذا فـإن تفـصيل آراء الفقـه وتقسيمها بالنسبة للحق في العزل والحق في الرجوع لا يؤدي إلا إلى نتيجة واحدة، ولذا يمكن إجمال آراء الفقه في الحق في الرجوع أو الانفراد بـالعزل مـن احـد الخصمين على النحو التالي:

الرأي الأول: أنه يجوز لأي من الخصمين الرجوع عن التحكيم دون رضا الخـصم الآخر ما لم ينطق المحكم بالحكم[1] وبرر **الحنفية** ذلك بالقول إن الحكـم كالقاضـي المولى من قبل السلطان لو عزل من قبل صدور الحكم فذلك جائز، وبرره **المالكية** وبعض **الحنابلة** بالقول أن الحكم يشبه الوكيل، وللموكل عزل الوكيل متى شاء.[2]

الرأي الثاني: أنه يجوز لأي من الخصمين الرجوع عن التحكيم دون رضا الخـصم الآخر ما لم يتم تقديم البينات فإذا تم تقديمها فلا يجوز لأي خصم أن ينفرد بالرجوع[3] وبرره بعض المالكية بالقول إن التحكيم بذاته كالوكالة عند القاضي، وليس للموكـل عزل الوكيل إذا خاصم عند القاضي، كما أنه ليس للخصم أن يوكل بعـد مباشـرته للخصومة بنفسه[4] وبرره البعض الآخر من المالكية بالقول إن عدم الأخذ بهذا الحـل في غير مصلحة الطرف الممتنع هكذا يفهم من كلام بعض المالكية [5] وبرره بعـض الشافعية وبعض الحنابلة بالقول إن السماح بعزله بعد الشروع في التحكيم يغري من استشعر الضعف في موقفه باللجوء إلى العزل قبل الحكم مما يـؤدي إلـى إبطـال المقصود من التحكيم وهو فض النزاع بحيث يصبح التحكيم لغوا [6]

الرأي الثالث: أنه يجوز لأي من الخصمين الرجوع عن التحكيم دون رضا الخـصم الآخر ما لم تبدأ الخصومة، فإذا بدأت امتنع على الخصمين الرجوع. [7]

---

1 وهذا ما ذهب إليه الحنفية وسحنون من المالكية. راجع: وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 10، ص 243، وهذا مفهوم كلام الحنابلة إذ قالوا لكل من الخصمين أن يرجع عن التحكيم قبل الشروع في الحكم أي بعد الانتهاء من البينة، وهذا مفهوم كـلام الـشافعية وعليـه المـذهب إذا قالوا:يجوز الرجوع في التحكيم قبل صدور الحكم ولو بعد إقامة البينة

2 آل خنين، التحكيم في الشريعة....،ص159 و 160

3 وهذا مذهب المالكية راجع وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 10، ص 243. وهـذا مفهوم كلام بعض الحنابلة حيث أن احد أقوالهم تجيز الرجوع في التحكيم قبل الشروع فـي الحكـم وقبل تمامه لان الحكم لم يتم، أشبه قبل الرجوع

4 آل خنين، التحكيم في الشريعة...، ص 160

5 آل خنين،التحكيم في الشريعة...،ص 160-161

6 آل خنين،التحكيم في الشريعة...، ص 161

7 وهذا مذهب الحنابلة وهو قول إصبع من المالكية راجع: وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 10، ص 243

الرأي الرابع: ليس لأحدهما الرجوع ولو قبل بدء الخصومة، أي أنه لا رجوع بعد الاتفاق بين الخصوم واتفاقهما مع المحكم.[1]

ويلاحظ أنه في مسألة انفراد أحد الخصمين بعزل المحكم قبل الشروع بالتحكيم أو بعده كان محل خلاف حتى داخل المذهب الواحد، وعلى نفس المنهج السابق فلا بد من معاينة زمان الرأي حيث بعض الحنابلة على سبيل المثال قال بالرأي الأول وبعضهم قال بالرأي الثاني و متأخروهم مثل ابن تيمية قال بالرأي الرابع وهو منع العزل مطلقا.

وأما الفقه الإسلامي المعاصر فقد رجح الرأي الذي يمنع أحد الخصمين منفردا بان يعزل المحكم وساق هذا الفقه نفس حجج السلف، وأضاف أن هذا ليس في مصلحة الخصم الممتنع عن الفسخ. [2]

وأما مجمع الفقه الإسلامي فقد أتاح عزل المحكم في أي وقت من قبل أي طرف من أطراف خصومة التحكيم دون توقف على إرادة الطرف الآخر ما لم يشرع في مهمته، دون تفصيل لمعنى الشروع في المهمة ولا كيفيته

أما في نظام التحكيم السعودي فبالنسبة للعزل فقد تطرق إليه المشترع في موضع واحد وهو نص المادة 11 من النظام التي جاء فيها: (لا يجوز عزل المحكم إلا بتراضي الخصوم ويجوز للمحكم المعزول المطالبة بالتعويض إذا كان قد شرع في مهمته قبل عزله، ولم يكن العزل بسبب منه كما لا يجوز رده عن الحكم إلا لأسباب تحدث أو تظهر بعد إيداع وثيقة التحكيم)

وأما ما جاء في نص المادة 12 فيتعلق بطلب رد المحكم إذا ما ظهر السبب الموجب للرد وهو سبب لا بد أن يكون من الأسباب التي يرد بها القاضي حيث جاء في النص:(يطلب رد المحكم للأسباب التي يرد بها القاضي ويرفع طلب الرد إلى

---

1 ابن فرحون، برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم ابن شمس الدين أبي عبد ا محمد بن فرحون اليعمري المالكي المعروف (بابن فرحون)، جـ 1، ص 50، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1416هـ/ 1995. وراجع آل خنين، التحكيم في الشريعة..، ص 161، حيث يشير إلى أن هذا وهو مفهوم كلام ابن تيمية من الحنابلة أيضا.

2آل خنين، التحكيم في الشريعة...، ص162

الجهة المختصة أصلا بنظر النزاع خلال خمسة أيام من يوم إخبار الخصم بتعيـين المحكم أو من يوم ظهور أو حدوث سبب من أسباب الرد ويحكم في طلب الرد بعد دعوة الخصوم والمحكم المطلوب رده إلى جلسة تعقد لهذا الغرض).

من كل ذلك يمكن القول أنه وفقا لنص المادة 11 من نظام التحكيم أن حـق الخصوم بالاتفاق أن يعزلوا المحكم في أي وقت سواء قبل الشروع فـي مهمتـه أو بعدها وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى التحكيمية، ولا فرق بـين عزلـه قبـل الشروع وبعده إلا أن النظام رتب للمحكم حقا في المطالبة بالتعويض إن كـان لـه وجه، ولكنه لم يرتب له هذا الحق إذا ما تم عزله قبل الشروع فـي مهمتـه، ممـا يطرح التساؤل حول خلل في هذه المادة سببه التخير من الآراء في كل مذهب بحيث لا يمكن الوصول إلى نتيجة منطقية، فإذا كانت بعض المذاهب قررت أنـه يجـوز عزل المحكم لنفسه قبل الشروع وأجازت للخصوم عزله في أي وقت واعتبرت ذلك أمرا مأذون به شرعا، فإن هذه الآراء لم يكن من بينها عوامل أخرى كتدخل القضاء الرسمي في التعيين للمحكم واستخلافه، ولذا فإنه لا يعقل الاتفاق مع المحكم الـذي يمكن أن يلغي ارتباطات معينة بعد الاتفاق معه ثم يتفق الخصوم على عزلـه قبـل الشروع في التحكيم استنادا إلى أن هذا العزل تصرف مأذون شرعا و أنه لا يمكـن الادعاء بلحاق ضرر بالمحكم، وأن الضرر يمكن أن يوجد فقط إذا ما تم العزل بعد الشروع، لأن الشروع في التحكيم على ما يبدو هو من وجهة نظـر مجمـع الفقـه الإسلامي ونظام التحكيم السعودي ربما هو نفسه الشروع في التحكيم وفقا لما كـان قبل عديد من القرون وكل ذلك يشير إلى أن كلا من مجمع الفقه الإسلامي ونظـام التحكيم السعودي لا زالا متأثرين بنظرية العقد غير اللازم وان كان هذا التأثر برأي الباحث جاء على غير ما هو مأمول.

على أن نص المادة 11 المشار إليه هو نص بذاته يحمل تناقضا بينا إذ صدر المادة يقول:لا يجوز عزل المحكم إلا بتراضي الخصوم) ثم تقول المادة (ويجـوز للمحكم المعزول المطالبة بالتعويض إذا كان شرع في مهمته قبل عزله ولـم يكـن العزل بسبب منه) فإذا فهم الشطر الأول من هذه المادة فأنّا لنا فهم الـشطر الثـاني الذي يشير إلى أن العزل ربما يكون لسبب عائد للمحكم نفسه، وهو نص لا يمكـن

رده إلى أن العزل كان بسبب من أسباب الرد لأنه لا يمكن لخصمين أن يتفقا سوية على وجود سبب للرد وهذا منطق الأمور، اللهم إلا إذا قصد المشترع أن السبب في العزل هو تقاعس المحكم عن القيام بمهمته، وهو أمر محل شك، فانّا لـه التقـاعس وهو الذي يعمل تحت سمع وبصر وهيمنة المحكمة؟

3.3.3 مدى انعكاس آراء فقه السلف فيما يتعلق بالمحكم على لزوم عقد التحكيم حسب الرأي المعاصر

لا بد من التنويه بداية إلى أن فقه السلف لم يستخدم لفظ لزوم أو عدم لـزوم عقد التحكيم، ولكنهه استخدم عبارة صفة التحكيم ووصفها بأنها جوازيـه،[1] وهـذه العبارة ربما تحتاج إلى مزيد من التدقيق من قبل الفقه الإسلامي المعاصر لمعاينـة سببها، على أن ذلك لا يمنع من أن يجتهد الباحث بالقول أنها عبارة تدل في العموم على أن اللجوء إلى التحكيم هو في أساسه عملية اختيارية ما دام أن شرط التحكيم لم يكن معروفا لديهم، وان المحكم ركن في الاتفاق، فكان من الطبيعي القول أنه عملية جوازيه، ولذا فإن مسألة الرجوع عن التحكيم سواء بصورة الرجوع المجرد من قبل كل طرف دون توقف على إرادة الطرف الآخر، أو عزل المحكم كانت هي محـل الخلاف في آراء الفقهاء، ولا اعتقد كباحث أن كل رأي من آراء الفقه يمكن معرفة علته فذلك شاق إلا إذا أورد الفقيه علة الرأي فيما حوته بطون الفقه.

ولذا يرى الباحث أن أي توجه لدى الفقه الإسلامي المعاصر للانعتاق من قيد عدم وجود شرط التحكيم لدى فقه السلف والإقرار بمشروعية شرط التحكيم لا بد أن يواكبه انعتاق من التقيد بالوصف الذي أطلقه الفقه القديم على التحكيم بوصفه عملية جوازيه، لأن القول بغير ذلك يعني الدخول في معادلة خاطئـة معطياتهـا ليـست حاضرة إلا في فقه السلف وهو فقه تعامل مع التحكيم في غيـاب كامـل للـشرط التحكيمي، فكانت نتائج توجهه منسجمة مع بعضها، أما بالنسبة لأي توجه معاصـر

1 ابن نجيم، البحر الرائق، جـ 7، ص 27.

فإن نكوصه إلى الوراء للتقيد بنتاج فقه السلف وفي نفس الوقت الاعتراف بالـشرط سيؤدي بالضرورة إلى عدم الوصول إلى نظرية عصرية في التحكيم الإسلامي.

وحديث الباحث في هذا الأمر ليس بعيدا عن متناول الفقه الإسلامي المعاصر الذي نحا بعضه إلى الاعتراف بشرط التحكيم على ما ذكر في ثنايا هذا البحث، فلو تم الفرض أن فقه السلف قد عرف شرط التحكيم وفقا لمعطيات العصور السابقة، مع الاحتياط لمسألة أن يكون الشرط قد نص عليه على أن يتم الاحتكام إلى من عـرف عنه صلاحيته للتحكيم فهل كان هذا الفقه سيصف التحكيم بأنه جوازي وهـل سـيتم الاختلاف من رأي لرأي آخر وفقا لكل زمان بالنسبة لوقت الرجوع حتـى تعـددت الآراء وتشعبت كل حسب زمانه بين قائل بالحق في الرجوع قبل الشروع أو بعده أو حتى بعد سماع البينة.

فمن الملاحظ أن فقه السلف استخدموا مثلا تعبير العزل بالنسبة للمحكم ولـم يبرروا الأمر في جواز العزل إلى صيغة العقد إطلاقا وإنما بـرروه لمـن أجـازه بمبررات موضوعية تستند إلى الواقع المعاش كالقول إنه بالنسبة لمن عينه بمثابـة القاضي المولى من قبل السلطان يجوز عزله من قبله[1] ولا يقدح في ذلك القـول أن علاقة القاضي بمن ولاه ما هي إلا عقد لأن عزل القاضي برأي الباحـث لا يقـاس عليه[2] وأما المانعون بشكل مطلق للعزل فردوا الأمر إلى الرضا بين الأطـراف أي أنهم ردوه إلى ركن العقد.[3]

وما ذكره الباحث آنفا هو محاولة لطرح السؤال التالي:بما أننا أمام موضوع خلافي يتعلق بأمر يصنف على أنه من الفروع التي تقبل الاختلاف فهل كان التعليق في العصر الحاضر من المحدثين في الفقه الإسلامي أو في العلم القانوني يشير إلى قراءة صحيحة لفقه السلف خصوصا أن لكل رأي من أرائهم علة ؟ وما اختلافهم في

---

1 حيدر، علي حيدر، المرجع السابق، مجلد 4 ص 644.

2 راجع ص 175 من هذا البحث

3 راجع ص 112 من هذا البحث، حيث سبق الإشارة إلى هذا لدى ابن فرحون، وانه مفهوم كلام ابن تيمية كما يذكر آل خنين

الرأي إلا نتيجة لاختلافهم في العلة التي أدت إلى الرأي الذي قيل هنا أو هناك مـا بين أربعة مذاهب أساسية حوت في داخلها آراء متنوعة داخل كل مذهب؟

قد يبدو للوهلة الأولى من خلال استعراض آراء المذاهب الفقهية الأربعة أن بعضها وان اقر بالتحكيم ابتداء إلا أنه أفرغه من مضمونه انتهاء، فهل هذا صحيح؟

الحقيقة أن الوصول إلى مثل هذا الاستنتاج من خلال قراءة مجـردة يمكـن الوصول إليه بكل سهوله، أما قراءة فكر هؤلاء في السياق التاريخي الذي قيل فيـه وليس من خلال معطيات واقع العصر الحديث سيقلب الرؤى في هـذا الموضـوع تماما، أضف إلى ذلك أنه إذا ما بحثنا في فلسفة العقد وتركيبته لـدى فقـه الـسلف تتضح الصورة أكثر فأكثر.

إن خير ما يمكن الاستهلال به لبحث هذا الأمر ومن ثم القياس عليه إن كان هناك مجال للقياس هو رأي الحنفية على سبيل المثال.

فقد سبق وان أشار الباحث إلى من أصلوا لرأي الحنفية وغيرهم، وان جميع فقه السلف مجمعون على أن يكون المحكم معلومـا. إلا أنـه يمكـن رصـد رأي لمتأخري الحنفية يشير إلى أنه " لا يشترط في المحكـم أن يكـون معروفـا لـدى الخصمين، بل لو عينا شخصا لا يعرفانه ليحكم بينهما جاز حكمه " وهذا ما جاء في الفتاوى الهندية [1]

فلو تم التدقيق فيما نقل عن الفتاوى الهندية فإنه يمكن القول: أنه يجـوز أن يكون المحكم قابلا لأن يعرف، ومعنى هذا أن المحكم لا يضمه مع الخصمين مجلس عقد واحد فاتفاقهما على التحكيم عقد تم بصيغته المعتبرة شرعا أي بإيجاب وقبول صحيحين خاصة أن ركن العقد في الشريعة هو الصيغة وفي ذلك يقول السنهوري [2] رحمه ا متسائلا في باب مبدأ حرية التعاقد في الفقه الإسلامي. هل العقود في الفقه الإسلامي مذكورة على سبيل الحصر ؟ فيجيب:يبدو لأول وهلة أنها كذلك، ففي كتب الفقه لا نجد نظرية عامة للعقد، بل نجد على النقيض من ذلك عقودا مـسماة تـأتي

---

1 الشيخ نظام وآخرون، الفتاوى الهندية، جـ 3، ص 398، راجع الهامش رقم 262

2 السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، جـ 1،ص 80- 81.

عقدا بعد عقد على ترتيب غير منطقي، ويختلف هذا الترتيب من كتاب عنـه فـي كتاب آخر، حتى ليظن الباحث أن الفقه لا يعرف إلا هذه العقود المـسماة، وان أي اتفاق لا يدخل تحت عقد من هذه العقود لا يكون مشروعا،ولكن هذه النظـرة إلـى الفقه الإسلامي نظرة سطحية، فإن الباحث يلمح من خلال الأحكـام التـي يقررهـا الفقهاء في صدد هذه العقود المسماة، أنهم يسلمون بإمكان أن يمتزج عقدان أو أكثر من هذه العقود في عقد واحد يجمع بين خصائص العقود التي امتزجت به، بل يلمح أن هناك قاعدة فقهية مسلمة، هي أن المسلمين عند شروطهم، وان كل اتفاق تتوافر فيه الشروط التي يقررها الفقه الإسلامي يكون عقدا مشروعا – ويضيف – ويكفـي أن نشير إلى ما جاء في البدائع في هذا الصدد [وروي عن النبي ﷺ أنـه قـال:- المسلمون عند شروطهم.. فظاهره - والكلام لصاحب كتاب البدائع - يقتـضي أن يكون كل مسلم عند شروطه وإنما يكون كذلك إذا لزمه الوفاء به......... وهذا لأن الأصل أن تصرف الإنسان يقع على الوجه الذي أوقعه إذا كـان أهـلا للتـصرف والمحل قابلا وله ولاية عليه " فالأصل إذن في الفقه الإسلامي هو حرية التعاقد في حدود النظام العام.[1]

أن عزل المحكم من طرف واحد دون الطرف الآخر سواء قبل الشروع فـي التحكيم أو بعده على الخلاف بين الفقهاء إذا ما فسر وفق روح العصر ووفق الفهـم الذي أشار إليه السنهوري فإنه لا يؤدي إلى انهيار عملية التحكيم وهـم (أي فقهـاء السلف) وان لم يشيروا إلى احتمال اشتراط عدم انهيار التحكيم بعزل المحكـم فـإن ذلك عائد إلى أنه لم يكن متصورا في زمانهم، خصوصا أن لا أحد يستطيع الجـزم بمدى تأثر الآراء الفقهية بالأعراف الموجودة في عصر كل فقيه، ذلك أن من الثابت أن العرف مصدر للتشريع عندهم ولذا فإن القول بناء على ذلك أن عقد التحكيم غير لازم عندهم بسبب الجزئية المتعلقة بعزل المحكم يعني تجميد الفقه الحنفي - علـى سبيل المثال وقس عليه بقية المذاهب - في موقعه قبل عديد من القرون، فإذا ما تـم فهم أن الفقه الإسلامي فقه متحرك – هكذا يفترض فيه – فلا بد من القول:إن تلـك الآراء بنيت على أساسات وأما تفصيل ذلك فعلى النحو التالي:

1 انتهي الاقتباس عن السنهوري

أولا: إن مسألة عزل الحكم مع الأخذ بعين الاعتبار نظرية العقد المختلط وإسـقاطها على الظرف الزماني الحالي لا العزل.ى نتائج منطقية، ففي أقوال السلف ما يـشير إلى أن اتفاق التحكيم عقد والاتفاق مع المحكم عقد آخر، فلا يمكن والحالة هـذه أن يستقيم أي تحليل من وجهة نظر من يرى الفقه كائنـا جامـدا لا يتطـور ضـمن المعطيات التي كان يتعاط فيها مع الفتوى في كل زمان وهو فقه محكوم بقاعدة جلب المصالح ودرء المفاسد وان الأصل حرية التعاقد.

ثانيا: إن حرية التعاقد كان يحكمها قانون عرفي ولا أحد يستطيع أن يجزم ما هـو العرف التحكيمي الذي كان سائدا في زمن كل رأي فقهي حتى اختلفت الآراء بهـذا الشكل من فقه إلى فقه آخر، خصوصا أن الأخذ بالأعراف يشترط فيـه أن يكـون محققا لمصلحة الناس، ولكن من المؤكد أن كون المحكم يجب أن يكون معلوما هـي محل اتفاق لدى الفقه سواء كان معروفا من قبل أطراف النزاع أم كـان بالإمكـان معرفته وهو في الحالتين يجب أن يكون صالحا للقضاء وفقا لكل مذهب من حيـث شروط القاضي، فإذا ما تم النظر إلى هذا الأمر من هذه الزاوية يتبين أن الفقهاء ما قالوا في عزل المحكم ولا حتى في تعيينـه مـن أراء إلا بمـا يتوافـق والعـرف والمصلحة المرجوة من ذلك، فهل يمكن تخيل هذا الإطلاق للعزل قبل الحكـم عنـد البعض وتقييده عند البعض الآخر لو كان مخالفا للمصلحة في زمن كل فقيه ؟ وهل كان سيتم اتخاذ مثل هذه المواقف والتي تطورت عند بعضهم بفساد الزمان وتغيـر الظروف [1] إلى المنع إطلاقا من العزل[2]. ثم إنه لو كان هناك ضرر على الممتنـع من العزل في مواجهة من يتمسك بالعزل منفردا فهل كان ما كان من قول بـإطلاق العزل أو تقييده عند البعض؟

من المؤكد أن كل ذلك محكوم بنظرية الضمان في الفقه الإسـلامي فـالقول بالعزل قبل الشروع وعدم تجويزه بعد الشروع في التحكيم يعني أن الحالة الأولى لا تستوجب الضمان والحالة الثانية تستوجب الضمان إن كان له وجه، وأمـا إطـلاق حرية العزل للمحكم وفقا لإرادة أحد الخصمين دون الآخر سواء قبل أو بعد الشروع

---

1 أشير إلى ما ذكرته في بحثي من كلام للعلامة مصطفى الزرقا عن تغير الأحكام بتغير الزمان

2 أشير إلى ما ذكر عن ابن الماجشون ومفهوم كلام ابن تيمية

في التحكيم فهذا يعني أنه وفق للرأي الفقهي الذي قال به فإن الحالتين لا تستوجبان الضمان، ودليل ذلك وشاهده أن لا أحد من الآراء الفقهية قال بعدم لزوم حكم المحكم بعد صدوره [1] ذلك أن المنطق يشير إلى أن القول بذلك يؤدي إلى ضرر يـستوجب الضمان إن كان له وجه، غير أنه عندهم حكم نافذ لا مجال حتى للطعن فيه علـى الاختلاف في بعض التفصيلات.[2]

ثالثـا: وفقا للنقطة السابقة و بناء عليها فإنه إذا كان من المسلم بـه فـي الـشريعة الإسلامية أنه لا ضرر ولا ضرار وان الضرر يزال، وان الفقهاء عنـدما أعطـوا الحق في العزل إنما نظموا المركز القانوني للمحكم وفقا للمصلحة وليس ضدها وان منح الحق في العزل عندهم هو من حيث المبدأ تصرف مأذون شرعا وهو لا بد وان يكون محكوما بقاعدة أخرى وهي عدم التعسف في استعمال الحـق إي " مناقـضة مقصود الشارع من تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل [3] فإن ذلـك يوضـح الصورة أكثر فأكثر بالنسبة لفقه السلف الذي كان بمنزلة القانون لكل أتباع المذهب.

رابعا: أما مجلة الأحكام فتعبر عن تطور يتماشى مع فلسفة الفقـه الحنفـي تحديـدا والفقه الإسلامي عموما وتظهر إرادة واضع المجلة جلية في تقوية المركز القانوني للمحكم بقاعدة مكملة في المادة (1847) بحيث يتم ممارسة التحكيم على أنه سلطة قضائية ملزمة.

فإذا كانت المادة المذكورة نصت على أنه:(لكل من الخصمين عزل المحكم قبل التحكيم) وان هذه المادة تجاري في نوع من التقليد مذاهب فقه الـسلف فـي هـذا الخصوص، فإنها ليست من باب التقليد على غير هدى ودليل ذلك ما جاء في الشق الثاني منها

---

1 باستثناء الشافعية على ما سيأتي بيانه

2 وهذه التفصيلات تتعلق كما أشار الباحث في أكثر من موضع بمراجعة حكم التحكيم والمسالة تتعلق بالمذهب المطبق هل يوافق اجتهاد القاضي أم لا

3 أبو حجير، مجيد محمود سعيد أبو حجير، نظرية التعسف في استعمال الحق ونظريـة الظـروف الطارئة في الفقه الإسلامي، ص 18، ط 1، إصدار 1، تاريخ الطبعـة (بـدون)، دار الثقافـة، عمان.

فيظهر مقصود واضعي المجلة بالنظر إلى العلة من النص، وهي تنبئ عـن إدراك لمسألة تغير الظرف الزماني، وتغير الأعراف، لا بل وتغير الفكـر بالنـسبة لعلاقة قضاء الدولة بقضاء التحكيم في رغبة وإشارة صريحة إلى أن التحكيم يجـب أن يحض برقابة من نوع ما من لدن سلطة قضاء الدولة.

وهذا التوجه وان جاء بشكل غير مباشر إلا أنه تطور لافت حسب الظـرف الزماني الذي وضعت فيه نصوص المجلة، لذا نجد أن الشطر الثـاني مـن المـادة 1847 تقول:(ولكن إذا جاز تحكيمه الحاكم المنصوب من قبل الـسلطان والمـأذون بنصب النائب كان الحكم (أي المحكم) بمنزلة نائب الحاكم لأنه اسـتخلفه)، وفـي شرح هذا الشطر من المادة قيل:فلا يجوز حينئذ لأحدهما أن يعزله وليس للقاضي أن ينقض حكمه بخلاف ما لو كان القاضي غير مأذون في الاستخلاف لأن له حينئذ أن يبطل حكمه إذا خالف مذهبه ولكل من الخصمين عزله قبل الحكم.[1]

وقد يقول قائل إن عبارة مخالفة حكم التحكيم لاجتهاد القاضي والتي تـؤدي إلى نقض الحكم هي تزيد لا داعي له، فأقول:ذلك خاص بطرق مراجعـة الحكـم، وأيضا فإنه عندما يتم التعرف على الواقع التشريعي في تلك الحقبة ساعتها يمكن أن تتضح الصورة، فقد صدر قبل المجلة قانون التجارة العثماني في العام 1266هـ ثم صدرت المجلة بعد ذلك في العام 1286هـ وكان من يحكم وفقا لقانون التجارة من غير أهل الفقه الإسلامي، مما يشير إلى مسألة تتعلق بالواقع القـضائي فـي تلـك الحقبة، وهذا يمكن فهمه من خلال التقارير المقدمة للـصدر الأعظـم فـي العـام 1286هـ بخصوص مواد المجلة حيث يشير التقرير إلى مثل هـذا الإشـكال فـي الواقع القضائي بين محاكم التجارة والمحاكم النظامية [2]، مما ينبئ باحتمال تحـوط

---

1 باز، شرح المجلة، ص 1197- 1198

2 باز، شرح المجلة، ص 10، حيث أورد النص الكامل للتقرير المقدم لعالي باشا الصدر الأعظم فيما يتعلق بالمجلة وكان التقرير (مقدما من ناظر ديوان الأحكام العدلية ومفتش الأوقاف وغيـرهم.... وكان التقرير مؤرخا في غرة محرم من العام 1286هـ يقول التقرير... ثـم إن قـانون التجـارة الهمايوني هو دستور العمل في محاكم التجارة الموجودة في ممالك الدولة العليـة وأمـا المـسائل المتفرعة عن الدعاوى التجارية التي لا حكم لها في قانون التجارة فيحصل بها مشكلات عظيمة لأنه إذا رجع بشأنها إلى قوانين أوربا وهي ليست موضوعة بالإرادة السنية فلا تصير مدارا للحكم فـي

واضعي المجلة إلى مسألة أنه قد يعرض على التحكيم مسألة تجارية وأنه يمكن التحكيم وفقا لقوانين التجارة العثمانية بالمخالفة لمذهب القاضي أو بعبارة أخرى بالمخالفة للقواعد الفقهية المقررة من قبل مجلة الأحكام العدلية وهذه المسألة تتعلق بالقانون المطبق على النزاع التحكيمي وعلاقتها بالتقنين وهو ما سيأتي عليه الباحث لاحقا. [1]

محاكم الدولة العلية وإذا رجع في فصلها إلى الشريعة الغراء تعين على المحاكم الشرعية أن تستأنف المرافعة في تلك الدعوى، وحينئذ فالحكم في قضية واحدة في محكمتين يختلفان في أصول المحاكمة ينشا عنه ضرورة تشعب ومباينة، ففي مثل هذه الأحوال لا يمكن محاكم التجارة مراجعة المحاكم الشرعية (أي مراجعة حكم المحاكم الشرعية) وإذا قيل لأعضاء محاكم التجارة إن يراجعوا الكتب الفقهية فهذا أيضا لا يمكن لان هؤلاء الأعضاء لا يمتازون عن أعضاء مجالس التمييز في الاطلاع على المسائل الفقهية، ولا يخفى أن علم الفقه بحر لا ساحل له واستنباط درر المسائل اللازمة منه لحل المشكلات يتوقف على مهارة علمية وملكة كلية وعلى الخصوص مذهب الحنفية لأنه قام فيه مجتهدون كثير ومتفاوتون في الطبقة وقع فيه اختلافات كثيرة ومع ذلك لم يحصل فيه تنقيح كما حصل في فقه الشافعية بل لم تزل مسائله شتاتا متشعبة، فتمييز القول الصحيح من بين تلك المسائل والأقوال المختلفة وتطبيق الحوادث عليها عسير جدا، وما عدا ذلك فإنه بتبدل الأعصار تتبدل المسائل التي يلزم بناؤها على العادة والعرف، فإنه كان عند المتقدمين من الفقهاء إذا أراد واحد شراء دار يكتفي برؤية بعض بيوتها وعند المتأخرين لا بد من رؤية كل بيت منها على حدته وهذا الاختلاف غير مستند إلى دليل بل هو ناشيء عن اختلاف العرف والعادة في أمر الإنشاء والبناء وذلك أن العادة في إنشاء الدور وبنائها أن تكون جميع بيوتها متساوية على طرز واحدة فكانت رؤية بعض البيوت على هذا تغني عن رؤية سائرها وأما في هذا العصر فحيث جرت العادة بأن الدار الواحدة تكون بيوتها مختلفة في الشكل والقدر لزم عند البيع رؤية كل دار منها على الانفراد.....)

1 ويعتقد الباحث أن هذه هي بداية الصراع بين الشرعي والقانوني وممن يطلب التأهيل هل يطلب من الشرعي أن يكون مؤهلا في العلم القانوني الحديث أم انه يطلب من القانوني إذا اسند إليه القضاء أن يفهم في الفقه، جدلية ربما تعبر عن إشكال حاضر في المملكة العربية السعودية.

يقول احد القضاة السابقين في الدوائر التجارية في ديوان المظالم بالمملكة العربية السعودية، وهو محمد بن سعود الجذلاني:(أحكامي كانت خاطئة في بعض القضايا بسبب ضعف التأهيل وبعضها تم تأييدها من هيئة التدقيق) وهو يعبر عن ضعف التأهيل القانوني للقضاة الذين تخرجوا من كليات الشرعة والمعهد العالي للقضاء في المملكة العربية السعودية، راجع ذلك حديثا صحفيا له في جريدة الرياض السعودية العدد 15265 وتاريخ 2010/4/10م

خامسا: لا بد من التطرق إلى مسألة جد هامة فيما يتعلق بالمجلة عموما وهي فـتح الباب أمام التوسع في الشروط التي لا تخالف مقتضى العقد، فالمجلة وان أشـارت من خلال تعريف التحكيم أنه لا بد من أن يكون المحكم معلوما بشخصه ولم تخرج عن إطار فقه السلف في إمكانية أن يكون عقد التحكيم عقدا مختلطا أي اتفاقان فـي اتفاق واحد، إلا أنه لا يوجد ما يمنع أن يكون التحكيم مشروطا وهو ما لا تنبئ عنه واقعا تلك الحقبة التاريخية، والدافع إلى القول بذلك أن واضعي المجلة أشاروا فـي تقاريرهم[1] إلى خلاف كبير بين الفقه الحنفي من المتقدمين والمتأخرين حول مـسألة الشروط في العقود بالقول:(إن المبايعات في زماننـا أكثرهـا مربـوط بالـشروط والشروط في مـذهب الحنفيـة أكثرهـا مفـسد للبيـع إذا وقعـت فـي صـلب العقد.... وهذا الأمر اقتضى مباحثات ومناظرات.... ومن الأمور المـسلمة عنـد الفقهاء أن رعاية الشرط إنما تكون بقدر الإمكان، فمسألة الرعاية للشرط قاعدة تقبل التخصيص والاستثناء.... ولذا اتخذ طريق متوسط عند الحنفية فقسموا الشرط إلـى ثلاثة أقسام:شرط جائز، وشرط مفسد، وشرط لغو، وبيانه أن الشرط الذي لا يكـون من مقتضيات عقد البيع ولا يؤيده..... لغو والبيع المعلـق بـه صـحيح..... أمـا المعاملات التجارية فهي من أصلها في حال مستثنى كما تقدم وأكثر ذوي الحـرف والصنائع قد تعارفوا معاملة خاصة تقررت بينهم والعرف الطارئ معتبر فلا يبقـى ما يوجب البحث إلا بعض شروط خارجة عن العرف والعادة تشترط في المعاملات المتفرقة في المبايعات وليس لهذه المعاملات شأن يوجب الاعتناء بالبحث فيها).

وفي اعتقاد الباحث أن المجلة بهذا توسعت في الشروط إلى الحد الذي يمكن معه القول أنها وفقا لسياستها بالاعتراف بالعرف والعادة تستوعب شرط التحكيم في صورته المنصوص عليها في القوانين الحديثة لو بقيت مطبقة لأنها لا يمكـن إلا أن تحترم الشرط إذا جرت به عادة التجار وفق للسياسة التي وضعت بموجبها المجلة، ومن النصوص الفريدة في المجلة وفقا لهذا السياق نص المادة 39:(لا ينكر تغيـر

---

1 راجع التقرير المشار إليه في الهامش في صدر شرح المجلة، لسليم رستم باز

الأحكام بتغير الأزمان) والمراد أن الأحكام المبنية على العـرف والعـادة لا علـى النص والدليل تتبدل مع تبدل العرف والعادات التي بنيت عليها.[1]-[2]

1 سليم رستم باز، شرح المجلة، ص 36

2 المواد التالية من المجلية تشير إلى ذلك: المادة: 36: العادة محكمة. يعني أن العادة عامة كانـت أو خاصة تجعل حكما لإثبات حكم شرعي المادة 37: استعمال الناس حجة يجب العمل بها. المادة 38: الممتنع عادة كالممتنع حقيقة. المادة 43: المعروف عرفا كالمشروع شرعا

الفصل الرابع

القانون المطبق على موضوع النزاع مابين الإحالة المطلقة على الشريعة والإحالة إلى أحكام مقننة

1.4 مفهوم الشريعة ومكانة الاجتهاد الفقهي كأحد أهم ركائزها:

يمكن تعريف الشريعة الإسلامية بأنها مجموعة الأوامر والأحكام الاعتقادية والعملية التي يوجب الإسلام تطبيقها لتحقيق أهدافه الإصلاحية في المجتمع، والمتمثلة في تحرير العقل البشري من رق التقليد والخرافات وفي إصلاح المجتمع أي الحياة الاجتماعية بحيث يسود هذه الحياة النظام والأمن العام والعدل بين الناس، وصيانة الحريات المعقولة والكرامة الإنسانية، وأخيرا إصلاح الفرد نفسيا وخلقيا وتوجيهه نحو الخير والإحسان، وبذا يكون الهدف الثاني من أهداف الشريعة هو النظام القانوني من الشريعة الإسلامية.[1]

وهنا يتسع النظام القانوني في الشريعة الإسلامية ليشمل كافة الأمور من مسائل الأحوال الشخصية إلى مسائل العلاقات الدولية مرورا بنظام المعاملات.

وأما ما يهم في هذا البحث فهو نظام المعاملات (وهو ما يطلق عليه المعاملات المدنية) وفقا لاصطلاح القوانين المدنية المعاصرة كالقانون المدني المصري والعراقي والأردني وفي هذا الخصوص فإن تطبيق الشريعة في مجال المعاملات المدنية الإسلامية وصولا إلى المرحلة التي وجدت فيها المذاهب الفقهية وانتهاء بأول تقنين لنظام المعاملات المدنية ممثلا بمجلة الأحكام العدلية العثمانية لا شك أنه مر بعدة بأطوار لا يتسع هذا المقام للإحاطة بها.

وهنا وفي مجال التحكيم ومع ضيق نطاقه فإن المستهدف من التحكيم وفقا للفقه الإسلامي المعاصر هو جميع المعاملات التي تحكمها القوانين المدنية وقوانين التجارة، وهو أمر يلقي بكثير من ظلال الشك حول سؤال كبير يتعلق بمدى كون قوانين التجارة الحديثة دائما متوافقة مع نظام المعاملات الإسلامي، وهل نقاط الاختلاف كبيرة إلى درجة عدم التوفيق بينهما أم أن نقاط الاختلاف قليلة لا تذكر؟

---

1 الزرقا، المدخل الفقهي، المجلد الثاني، ص 48- 49

ربما تكون الإجابة على هذا السؤال تعني خوضا فيما كان عليه حال الفقه من اجتهاد دءوب لمواجهة إشكالات كل عصر بشكل ينم عن فهم استند إلى النص والى الرأي في حال عدم وجود النص، فهو فقه لم يعدم الوسيلة للوصول إلـى حكـم أي مسألة سواء بالاهتداء إلى النص أو باستنباط الحكم وفقا لأصول كل مذهب، وهـذا الفقه (أي فقه السلف) يواجهه في الجهة المقابلة في زماننا فقها وصل إلى مرحلـة من التراجع عبر عنها الفقه نفسه بحسرة وألم طارحا أسئلة كثير لـم تـزل بـدون إجابات.[1]

إن تشريع المعاملات في الفترة النبوية كانت مصادره هي نفس مصادر بقية فروع الشريعة الإسلامية كالأحوال الشخصية وغيرها، ولكن مع بعض الاخـتلاف في كون مسائل الأحوال الشخصية ربما ثبتت بها أحكام تشريعية غير قابلة للتغيـر نوعا ما، وهو ما لا ينطبق على تشريع المعاملات المدنية في الإسلام، التي تتغيـر وتتبدل بما لا يخالف الأسس العامة للنظام العام الشرعي.

وإن المتأمل في الحقبة النبوية يجد أنها امتدت حوالي ثلاثة وعشرين عامـا، وكانت مصادر التشريع فيها مختلفة عما تلاها من حقب مرت على العالم الإسلامي، سواء كان هذا العالم متماسكا في دولة واحدة أو مـشتتا فـي عـدة ممالـك ودول، فمصدر التشريع كان محصورا في القرآن والسنة مع ملاحظة أن هذه الحقبة تـشير إلى تشجيع الرسول ﷺ لرهط ممن ولاّهم القضاء من أصـحابه ﷺ علـى الاجتهـاد برأيهم عندما لا يجدون حكما في كتاب ا أو في سنته ﷺ.

ويضيف بعض العلماء إلى المصدرين السابقين اجتهاد النبي ﷺ [2]

وهذه المسألة أي اجتهاد الرسول ﷺ وسلم أثارت نوعا من الجدل قديما حول ماهية هذا الاجتهاد النبوي، كما أثارت مسألة أخرى وهي اجتهاد غيره من الصحابة في حياته ﷺ.

---

1 القرضاوي، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، ص 103 وما بعدها

2 البدوي،. إسماعيل إبراهيم البدوي، السياسة الشرعية وتطبيقاتها في الحقبة المثالية للدولة الإسلامية، ص 305، ط 1، تاريخ الطبيعة (بدون)، مكتبة المنار الإسلامية، الكويت

جاء في الفتاوى الهندية:(**اختلفوا أن رسول ا ﷺ هل كان يجتهد فيما لـم يـوح إليه ويفصل الحكم باجتهاده.** ؟ بعضهم قالوا:ما كان يجتهد بل كان ينتظر الـوحي، ومنهم من قال:كان يرجع فيه إلى شريعة من قبله ؛ لأن شريعته شريعة لنا مـا لـم يعرف نسخه، ومنهم من قال:كان لا يعمل بالاجتهاد إلى أن ينقطع طمعه عن الوحي فإذا انقطع حينئذ كان يجتهد فإذا اجتهد صار ذلك شريعة له فإذا أنزل الوحي بخلافه يصير ناسخا له **ونسخ السنة بالكتاب** جائز عندنا وكـان لا يـنقض مـا أمـضى بالاجتهاد وكان يستأنف القضاء في المستقبل كذا في المحيط) وجاء فيها في جـواز اجتهاد الصحابي أيضا (**هل يجوز للصحابي المجتهد أن يجتهد في عصر النبي ﷺ**؟ قيل:لا يجوز، وقيل:يجوز وقال أكثر العلماء:يجوز لمن كان يبعد منه ولا يجوز لمن كان يقرب منه، وهو الأصح كذا في محيط السرخسي).[1]

وعلى الرغم مما ورد في الفتاوى الهندية من وصف لهذا الخلاف حول ماهية اجتهاد الرسول ﷺ إلا أن هذا الخلاف لا زالت أصدائه في الكتابات الحديثة[2]، رغـم أن التمعن – حسب رأي الباحث – في هذا الأمر والتبصر فيه جيدا قد يؤدي إلـى الوصول إلى أمر مفاده تعلق المسألة برمتها بالفلسفة الخاصة بالتـشريع الإسـلامي والتي تعبر عن رقي لا مثيل له بحيث تعد الشريعة نموذجا مثاليـا لكيفيـة تطـور التشريعات الموجودة على وجه الأرض.

إن تشكيل صورة واضحة عن الجدل حديثا حول اجتهاد الرسول ﷺ على مـا يبدو كان مبنيا على كونه ﷺ متوليا للقضاء.

---

1 الشيخ نظام وآخرون، الفتاوى الهندية، جـ 3، ص 314

2 القطان، مناع القطان، تاريخ التشريع الإسلامي (التشريع والفقـه) ص 112-113 و 116، ط 2 الجديدة، 1996م، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض.

يقول القطان: (وتناول العلماء بالبحث موضوع اجتهاد رسول ا صلى ا عليه وسلم فذهب نفر منهم إلى انه لا يجوز له الاجتهاد لإمكان استطلاع الحكم بالوحي، وذهب جمهورهم إلى انه لا يجوز لـه الاجتهاد وانه يخطئ في اجتهاده ويصيب ولكنه لا يقر على خطا وهذا هو الذي تظافرت النصوص عليه في صور مختلفة.... وقد ضرب عدة أمثلة وخاص في الصفحة 116 من نفس المرجـع إلـى القول:وينبغي أن نذكر هنا أن تصرفات الرسول صلى ا عليه وسلم منها ما هو تشريع ومنها مـا ليس بتشريع...)

حيث كان صلوات ا وسلامه عليه يجمع السلطات التنفيذية والتشريعية والقضائية[1]

ولقد كان مدخل مثل هذا الجدل هو حديث الرسول ﷺ (إنكم تختصمون إلي، وإنما أنا بشر، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، وإنما أقضي لكم على نحو مما أسمع منكم، فمن قضيت له من أخيه شيئا ؛ فلا يأخذه ؛ فإنما أقطع له قطعة من النار)[2]

ويبدو جليا أن الطرح لمسألة اجتهاد الرسول ﷺ لدى فقه السلف كان طرحا عاما، ولم يتم تخصيص اجتهاده في القضاء، و أما ما دار من جدل في العصر الحديث فيبدو أنه ابتعد عن المعاني التي يمكن تلمسها من فحوى الحديث.

فبين قائل إن قضاء الرسول ﷺ كان اجتهادا لا وحيا وبين قائل إن هذا الحديث يشير إلى أن الرسول ﷺ كانت له صفتان، همها صفة المشرع وصفة القاضي، وهو في الصفة الأولى لا يخطئ وان اخطأ يرده ا .[3]

ويذكر عمر الطريفي في مؤلفه (القضاء في عهد عمر بن الخطاب) في معرض رده وتعليقه على الآراء السابقة (والحق أن اجتهاد الرسول ﷺ واجب الإتباع لأنه تشريع سواء كان تطبيقا لنص أم اجتهادا، لأنه لا يقر على الخطأ ومرده إلى الوحي، فكان اجتهاده بمنزلة الوحي الثابت لا جدال في ذلك ولا مراء، كما استقر على ذلك جمهور العلماء، وان الحديث الآنف الذكر محمول على تخويف المتخاصمين من الطمع فيما ليس لهم فيه حق، وليس المراد منه أن رسول ا ﷺ وسلم يقر على خطأ والوحي ينزل عليه، كما أن فيه تعليما لامته أن الحكم يكون

---

1 الطريفي، ناصر بن عقيل الطريفي، القضاء في عهد عمر بن الخطاب، جزء 1، ص 71، ط1، سنة الطبع (بدون)، دار المدني، جده، السعودية

2 بخاري، أبي عبد ا محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، رقم 6645، نسخة الكترونية، موقع الإسلام التابع لوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية، منشور بشكل ثابت على الرابط:

http://hadith.al-islam.com/Display/Display.asp?Doc=0&Rec=10687

3 راجع بشان هذه الآراء، الطريفي، القضاء في عهد عمر بن الخطاب، جزء 1، ص 72، وقد أشار إلى الرأي الأول فيما نقل عن محمد سلام مذكور في كتابه القضاء في الإسلام والى الرأي الثاني فيما ذكر عن عطية مشرفة

على الظاهر الذي يستوي فيه غيره ليصح الاقتداء به، وتطيب نفوس العباد للانقيـاد للأحكام الظاهرة).[1]

ومن خلال ما سبق الإشارة إليه من جدل فإن الباحث يرى أنه لا مراء فـي أن الحديث الشريف السابق كان في معرض القضاء بين الناس ولكن إقحام مـسألة الاجتهاد في معرض التعرف على دلالة نصه أمر لا مسوغ له ولا تدل عليه ألفـاظ الحديث، فمن الواضح أن الحديث يتطرق إلى أن القضاء شرعا غير القضاء ديانـة وان القاضي ما هو إلا بشر يدلى إليه بالبينات من قبل كل خـصم وبعـد أن يـزن البينات يرجح إحداها على الأخرى على الظاهر لا الباطن لأن بينة قد تبـدوا فـي ظاهرها اظهر من بينة مقابلة ولكنها في باطنها بينة لا أساس لها.

يقول ابن فرحون في معرض تعليقه على هذا الحديث:(وحكم الحاكم لا يحل حراما، ولا يحرم حلالا على من علمه في باطن الأمر؛ لأن الحاكم إنما يحكم بمـا ظهر وهو الذي تعبـد به، ولا ينقل الباطن عند من علمـه عما هو عليـه مـن التحليل والتحريم. قال رسول ا ﷺ { إنما أنا بشر، ولعلكـم تختصمون إلي فلعـل أحدكم أن يكون ألحن بحجتـه من بعض فأقضـي له على نحـو ما أسمـع منـه فمن قضيت له بشيء من حـق أخيه فلا يأخـذ منـه شيئا فإنما أقطـع له قطعـة من النـار} وهـذا إجماع من أهـل العلـم فـي الأموال. واختلفـوا فـي انعقـاد النكـاح أو حل عقـده بظاهـر ما يقضـي بـه الحاكـم وهـو خلاف الباطن).[2]

---

1 الطريفي، القضاء في عهد عمر بن الخطاب، جزء 1، ص 73.

2 ابن فرحون، تبصرة الحكام، جـ 1، ص 66. حيث يقول ابن فرحون (فلو أن رجلين تعمدا الشهادة بالزور على رجل أنه طلق امرأته فقبل القاضي شهادتهما لظاهر عدالتهما، وهما قد تعمدا الكذب أو غلطـا، ففـرق القاضي بشهادتهما بين الرجل وامرأته ثم اعتدت المرأة فإنه جائز لأحد الشاهدين أن يتزوجها، وهو عالم بأنه كاذب في شهادته قالوا ؛ لأنها لما حلت للأزواج بالحكم الظاهر فالشاهد وغيره سواء ؛ لأن قضاء القاضـي وحكمه فرق بينهما وقطع العصمة، ولولا ذلك ما حلت لزوج غيره، واحتجوا بحكم اللعان، وقالوا:معلـوم أن الزوجة إنما وصلت إلى فراق زوجها باللعان الكاذب الذي لو علم الحاكم كذبها فيه ما فـرق بينهـا وبـين زوجها. قالوا: وكل من شهد عليه بالنكاح أو بالطلاق وقضى عليه بذلك لم يمكنه الامتناع منه، ولزم الحكـم بشهادة الشهود عليه، وكانت فرقته في الظاهر فرقة عامة، فلما كان كذلك دخل فيه الشاهد وغيره انتهى من المقدمات. وقال ابن عبد السلام:ومن ذلك لو قام له شاهدا زور أنه نكح امرأة فحكم القاضي بهـا حـل لـه وطؤها راجع ص 66- 67 نفس المرجع)

وعليه [1] فإن المسألة تتضح من خلال أقوال السلف وليس من خـلال الجـدل حول الحديث النبوي السابق لاستنطاق ألفاظه وحملها على التشريع فـي معـرض القضاء وهو أي هذا التوجه في تفسير الحديث لم يقل به المتقدمون من فقهاء الأمـة لأنهم وضعوا الأمر في نصابه الصحيح.

وعلى أي حال فما دام بعض المفكرين أقحم هـذا الحـديث فـي موضـوع التشريع فإنه يحسن متابعة هذا النقاش لتعلق الأمر بقضاء قد يتم فيه تطبيـق حكـم على الواقعة مستمد من اجتهاد قضائي، ومدخل النقاش مبناه الـسؤال التـالي:هـل بالضرورة أن كل اجتهاد قضائي للمصطفى ﷺ هو تشريع لقاعدة شرعية؟

إن مناقشة هذا الأمر تقتضي الوقوف على عدة احتمالات مع الأخـذ بعـين الاعتبار إن ما ينطبق من معايير على اجتهاد الرسول في المستجدات في قضاءه ﷺ ينطبق على اجتهاده في المستجدات في غير مجلس القـضاء، وأمـا الاحتمـالات فمدخلها إن الرسول ﷺ في معرض قضاءه بين الناس كان يمارس مهمتـه كقـاض بشر يزن البينات ويرجح إحداها فيصدر الحكم فنكون أمام احتمالات يحتمل بعضها احتمالات فرعية على النحو التالي:

1) أن يكون الرسول ﷺ بعد وزن البينة أمام واقعة نزل فيها حكم فـي القـرآن أو قضى بمثلها الرسول ﷺ، فيتم القضاء فيها وفقا للنص القرآني أو القضاء السابق بمثلها، فلا اجتهاد وفقا لهذا الاحتمال

2) أنه وبعد عرض الدعوى ووزن البينة يتبين له ﷺ أنه أمام واقعة لم ينزل فيهـا نص قرآني من قبل[2] ولم يكن سبق للرسول ﷺ أن قضى فيها أو اجتهـد فيهـا

---

1 أبو الوفا، أحمد أبو الوفا، نظريـة الأحكـام فـي قـانون المرافعـات، ص 725، 2007م، دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية. فهذا الأمر تم التطرق له في الفقه الحديث بـالقول إن الحجيـة النسبية للحكم لا تقوم على أساس قرينة تفيد أن الحكم هو عنوان الحقيقة، وإلا لكان عنوان الحقيقـة بالنسبة إلى الجميع، ولكن الحجية النسبية تقوم تأسيسا على أن الحقيقة القضائية مرهونة بما يقدمـه الخصوم من أدلة ومن اجل هذا فان الحكم يكون حجة عليهم دون غيرهم راجع في ذلك احمد أبـو الوفا، وهو يشير إلى كل من بلانيول وروبير وجابون

2 وهذا هو الحال في نزول القران الكريم الذي نزل بناءا على الحوادث وليس دفعة واحدة وذلك مـن تدبير الخبير اللطيف سبحانه وتعالى.

قضاء فيكون قضاءه ﷺ وفقا لأحد الاحتمالات التالية وما قد يتبعها من احتمال نسخ الاجتهاد بنص قرآني لاحق وفقا للتالي:

الاحتمال الأول: أن يقضي الرسول ﷺ بما يرى أنه العدل وفقا لقواعد العدل والحق المستقرة في الضمير الإنساني، حتى لو كان من شريعة من كان قبلنا ثم يأتي نص قرآني يخالف القاعدة التي قضى وفقها الرسول ﷺ فهنا تنسخ القاعدة التي حكم وفقها الرسول ﷺ ويبقى ما أمضاه من قضاء على حاله لأن من المعروف أن مناط التكليف بالأحكام هو العلم بها علما يقينيا، فيحكم وفقا للنص القرآني فيما يستقبل من خصومات مشابهة.[1]

الاحتمال الثاني: أن يقضي الرسول ﷺ بما يرى أنه العدل وفقا لقواعد العدل والحق المستقرة في الضمير الإنساني، حتى لو كان من شريعة من كان قبلنا أو وفقا للعادات أو العرف أو وفقا لمصالح الناس التي لا تتعارض بطبيعة الحال مع النظام العام الإسلامي أو الشرعي ثم لا يتنزل وحي يشير إلى نسخ اجتهاده ﷺ الذي قضى.

وقبل الدخول إلى الاستفهامات التي يثيرها الاحتمال الثاني لا بد من الإشارة إلى أن قضاء الرسول ﷺ باجتهاده بتطبيق حكم أو قاعدة ومن ثم يثبت الوحي قاعدة وحكما خلاف القاعدة التي قضى ﷺ بها، فإن ذلك لا يترتب عليه تغيير ما أمضاه ﷺ من قضاء وفي ذلك احترام لحجية الأمر المقضي به[2] كما أنه يعني أن القاعدة الشرعية لا تسري بأثر رجعي.[3]

---

1 وهذا ما أشارت إليه الشيخ نظام وآخرون، الفتاوى الهندية ولكن في العموم وليس في معرض القضاء فقط

2 وهذا سيكون محلا للبحث في الفصل الخاص بالحكم

3 من الذين أشاروا إلى أن التشريع الإسلامي من أوائل التشريعات التي عملت بقاعدة عدم رجعية التشريع إسماعيل إبراهيم البدوي، السياسة الشرعية وتطبيقاتها في الحقبة المثالية للدولة الإسلامية، ص 307.

كما أشار إلى هذا المبدأ في مجال التشريع الجنائي في الإسلام محمود نجيب حسني، راجع: حسني، محمود نجيب حسني، الفقه الجنائي الإسلامي – الجريمة، ص 182- 186، ط 1، 2007م، دار النهضة العربية، القاهرة

وعودا إلى الاستفهام المطروح حول اجتهاد الرسول ﷺ في معرض قـضاءه وسكوت الوحي هل يعتبر هذا الاجتهاد تشريعا لا يجوز مخالفتـه مهمـا تغيـرت الظروف والأحوال؟

لا بد بداية من الإشارة إلى أن الحديث يتعلق باجتهاد في مسائل المعـاملات دون الولوج إلى توسيع الدائرة بالتعميم على كافة المسائل لأن التعميم لا محل له في هذا السياق فهو جالب للخلاط من حيث شئنا أم أبينا، فيبقى تحديد نطـاق الاسـتفهام حول هذا الأمر محصورا فيما يتعلق بالمعاملات فأقول كباحث:أن قضاء الرسول ﷺ باجتهاده فيما لم يرد فيه نص سابق لا يعني أننا أمام تشريع غير قابل للتغير ومناط كونه قابلا للتغيير من عدمه يتوقف على احتمالين هما نوعان من أنواع القضاء.

النـوع الأول: قضاء تتمخض عنه قاعدة تشريعية أساسية لا تتغير بتغير الظـروف ومرور الزمن فهذه يصدق عليها وصف أنها قضاء تمخض عن تشريع دائم يتعلـق بمسائل لا تنفصل عن الثوابت الأساسية للإسلام كشريعة ودين وهي بـذلك تكـون قاعدة متعلقة بالنظام العام الإسلامي أو الشرعي لثبوتها بنص قطعي الدلالة.

ففي بعض الروايات أنه ورد عن الرسول ﷺ قوله:(إنما أنا بشر، إذا أمرتكم بشيء من دينكم فخذوه وإذا أمرتكم بشيء من رأيي فإنما أنا بشر)،[1] ويرى الباحث أن هذا الحديث ينطوي على مسائل تتعلق بالحلال والحرام وأنه يجب التوسـع فـي تفسير هذا الحديث في مسائل المعاملات بما يتوائم مع ما قضى به الرسول اجتهـادا منه بما يتوافق مع المقاصد التي تتغير زمانا ومكانا، بحيث يجب التمييز بين القواعد التشريعية التي أقرت من قبل الرسولﷺ في مسائل المعاملات ويترتب علـى عـدم الأخذ بها الوصول إلى دائرة الحرام، وبالتالي خرق النظـام العـام الإسـلامي أو الشرعي، وبين تلك التي لا يترتب على تركها مثل ما يترتب على الأولـى وذلـك لتعلق الحكم بالمقاصد والعلل والأخيرة كما هو معروف أمر متغير زمانا ومكانا.

النوع الثاني: قضاء مبني على الاجتهاد أيضا ويأتي بقاعدة تشريعية نبوية قد تتغير بتغير الظروف، لأنها لا تتعلق بالثوابت الأساسية للإسلام كشريعة ودين بقـدر مـا

---

1 مشار للحديث لدى: القطان، تاريخ التشريع الإسلامي، ص 117

تتعلق بالمقاصد[1] التي أدت إلى تبنيها أي تبني القاعدة التشريعية النبوية وهي مقاصد في الغالب تتعلق بالعادة والعرف والمصالح المرعية في الظرف الزمـاني المبنـي على المصلحة فيبقى العمل بهذه القاعدة التشريعية الاجتهادية إلى أن تزول العلة من مقاصد هكذا تشريع اجتهادي، فإن زالت العلة وجب العمل باجتهاد جديد قد يفـضي بدوره إلى قاعدة تشريعية تتناسب مع مقاصد الشريعة الكلية وتـلاءم التغيـر فـي الظروف التي بتغيرها تتغير العلة من التشريع الاجتهادي السابق.[2] [3]

إن القاعدة الشرعية من النوع الأخير عندما تكون صادرة عـن الرسـول ﷺ وسلم قد تصدر في غير قضاء كجواب على سؤال في واقعة من معاملات المسلمين ومع ذلك تكون قابلة للتغير، وقد أشار الباحث آنفا إلى ما قال به العلامة مـصطفى الزرقا أنه حتى بالنسبة للإحكام الواردة في السنة النبوية نفسها إذا كان منها شـيء مبني على رعاية أحوال الناس وأخلاقهم في عصر النبوة، ثم تبدلت أحوالهم وفسدت أخلاقهم، وجب تبديل الحكم النبوي تبعا لذلك إلى ما يوافق غرض الشارع في جلب

---

1 السايس، محمد علي السايس، نشأة الفقه الاجتهادي وأطـواره، ص 14، (ينـاير 1970)، الكتـاب التاسع من منشورات مجمع البحوث الإسلامية

يقول محمد علي السايس: وبذلك يكون النبي صلى ا عليه وسلم باجتهاده وإذنه للصحابة بالاجتهاد قد ضرب لأمته من بعده المثل وسلم لهم الطريق ليأخذوا أخذه بعده حتى يكون الفقه الإسلامي بتفاصيله قويا على مسايرة الزمن ومتابعة نهوض الأمم ولذلك كانت الأحكام في كثير مـن الأحيـان تـأتي مقرونة بعللها متصلة ببيان السر فيها وضرب أدلة من القران والسنة كقول الرسول في حرمة نكاح البنت على عمتها أو خالتها ((إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم)).

2 ابن العربي، أحكام القرآن، مجلد 3، ص 50.

يقول ابن العربي رحمه ا : " إن المصالح والحاجات لا تختلف فيها الشرائع، أما انه يجوز أن يختلف وجود المصالح فتكون في وقت دون وقت فإذا وجدت فلا بد من اعتبارها "

3 الطريفي، القضاء في عهد عمر بن الخطاب، جزء 1، ص 79. يقول ناصر الطريفي: أما قـضاؤه بالاجتهاد فيما لم يرد فيه نص كما في قضائه لفاطمة بنت قيس التي خاصمت زوجها إليه وطلقهـا البتة، ومن ذلك قضاؤه في تخيير الولد المميز بين أبيه وأمه، وهذا الاجتهاد أصبح تـشريعا يجـب الاقتداء والعمل به لأنه اقر عليه، والباحث يرى أن هذا الأمر يتعلق بمسائل الأحوال الشخـصية لا بمسائل المعاملات المدنية التي قد تتغير الأحكام بشأنه بفساد الزمان حسب تعبير الفقه الإسلامي

المصالح ودرء المفاسد وصيانة الحقوق وعلى ذلك درج الصحابة الكرام في عصر النبوة.[1]

يبقى بقية من التشريع النبوي وهو ما تم التنويه إليه سـابقا حـول اجتهـاد الصحابة الذي أشارت إليه كتب الفقه [2] فرغم أن كتب الفقه أشـارت إلـى اجتهـاد الصحابي في العموم دون تخصيص للاجتهاد في معرض القضاء، فإن الباحث يرى أن المدخل في الخصوص الذي نناقش فيه موضوع هذا البحث هو اجتهاد الصحابي القاضي لا اجتهاد الصحابي المفتي.[3]

فقد ورد عن الرسول ﷺ لما أراد أن يبعث معاذا إلى اليمن قـال: كيـف تقضي إذا عرض لك قضاء قال: أقضي بكتاب ا قال: فإن لم تجد فـي كتـاب ا قال: فبسنة رسول ا ﷺ قال: فإن لم تجد في سنة رسول ا ﷺ ولا في كتـاب ا قال: أجتهد رأيي ولا آلو. فضرب رسول ا ﷺ صدره وقال: الحمد الذي وفق رسول ا لما يرضي رسول ا .[4]

ومن خلال هذا الحديث نجد أن الرسول قرر قاعدة تتعلـق بعـدم وجـوب الامتناع عن إصدار حكم لعدم وجود النص، والظاهر من عبارات الحديث وخاصة الفقرة الأخيرة منه التي تصور الرسول ﷺ يضرب بيديه الكريمتين أنه ما قام عليـه الصلاة والسلام بهذه الإيماءة التعبيرية إلا بعد أن تيقن من أن من عينه للقضاء قادر على الاجتهاد.

---

1 راجع ص 86 من هذا البحث

2 أشير إلى ما جاء في: الشيخ نظام وآخرون، الفتاوى الهندية، جـ 3، ص 384

3 لان التوسع في هذا الأمر مناطه علم أصول الفقه وهو ما لا طاقة لنا به في ثنايا هذا البحث فهو أمر له رجاله على مر التاريخ الإسلامي وإنما أشار الباحث إلى هذا الأمر كله توطئة لمناقـشة مـسالة التقنين في ظل وجود شرط يحيل إلى التحكيم وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية إحالة عامة بالمطلق

4 أبي داوود، سنن أبي داوود، نسخة الكترونية، رقم الحديث 3119، منشور بشكل ثابت على موقـع الإسلام التابع لوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربيـة الـسعودية: الرابط:

http://hadith.al-islam.com/Display/Display.asp?hnum=3119&doc=4

وبغض النظر عما أثير في فقه السلف حول مسألة جواز اجتهاد الصحابي في حياة الرسول واختلافهم في هذا الأمر إلا أن ذلك الطرح لـم يكـن فـي معـرض الاجتهاد في القضاء، لأن الرسول ﷺ لم يتعامل مع اجتهاد القاضي الصحابي علـى أساس أنه تشريع ولا على أساس أنه سابقة قضائية يمكن الاحتجاج بها فهو ﷺ وان كان ألزم القاضي بالاجتهاد في حال عدم وجود النص إلا أنه في المقابل اقـر بـأن الاجتهاد يبقى اجتهادا وان المجتهد قد يصيب وقد يخطئ في قضاءه، فقد روي عن عمرو بن العاص أنه سمع رسول ا ﷺ قال: (إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصـاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر)[1]

وهذا الحديث ورد في الكتابات الحديثة عن تاريخ التشريع والفقه الإسـلامي في باب الاستدلال على اجتهاد الصحابة في حضرة الرسول ﷺ كما روي عن احمد عن عبد ا بن عمرو بن العاص قال:(جاء رسول ا ﷺ خصمان يحتكمان:- فقال لعمرو: اقض بينهما يا عمرو، فقال: أنت أولى مني بذلك يا رسـول ا قـال: وان كان، قال: فإذا قضيت بينهما فما لي ؟ قال إن أنت قضيت بينهما فأصبت القـضاء فلك عشر حسنات، وان أنت اجتهدت فأخطأت فلك حسنة).[2]

وتعليقا على هذا الحديث يمكن تلمس أمرين هما:

أولا: أنه لم يكن يتولى القضاء إلا من كانت له القدرة على الاجتهاد والاستنباط

ثانيا: أن القاضي الصحابي كان يجتهد في القضاء في حضرة الرسول ﷺ، وان هذا دليل على أن الرسول ﷺ عندما سمح لغيره من أصحابه في الاجتهاد في حـضرته، فمن باب أولى أنه كان أيضا يمارس الاجتهاد بنفسه في معرض تصديه للفصل فـي خصومات الناس، إذ من غير المنطق أن يقال: أنه ﷺ سمح لغيره بالاجتهاد ومنـع نفسه عنه.

---

1 مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، رقم 3240 نسخة الكترونية:موقع الإسلام التابع وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد:الرابط:
http://hadith.al-islam.com/Display/Display.asp?hnum=3240&doc=1

2 الحديث مذكور لدى: القطان، تاريخ التشريع الإسلامي، ص 129

على أن هناك من يرى ويحق أن اجتهاد الصحابة كان في قـضايا جزئيـة معينة لا في أحكام عامة فإن هذا لم يقع من أحد من الصحابة البتة في حضوره ﷺ.[1]

وتعليقا على الرأي السابق وبرأي الباحث فإن ذلك لا يمنع من الاسـتنتاج أن اجتهاد الصحابي في القضاء وإقرار الرسول ﷺ لاجتهاده يعتبر تقريرا ينزل منزلـة التشريع تنطبق عليه في مسائل المعاملات نفس ما ينطبق على ما قيل في المجتهدات في مسائل المعاملات في أقضية الرسول ﷺ باعتبار تقريـره لقـضاء غيـره فـي مستجدات الأمور فيما لا نص فيه بمثابة السنة التقريرية وبذا تصبح القاعـدة التـي حكم وفقها جزءا من التشريع الذي مصدره السنة وان كانت سنة تقريرية.

على أنه يجدر في هذه الإطلالة السريعة على التشريع في الحقبـة النبويـة القول إن ملامح النظام العام الإسلامي في المعاملات قـد اتـضحت وأقـرت فـي نصوص قطعية الدلالة بحيث تبين الحلال من الحرام يقول تعالى في محكم تنزيلـه: الْيوم أَكْملْتُ لَكُم دِينَكُم وَأَتْممتُ علَيكُم نِعمتِي ورضِـيتُ لَكُـم الإِسـلاَم دِينًـا **[المائدة:3]**

فقد اقر في هذه الحقبة تحريم التطفيف في الكيل والـوزن، وشـرع للحـاكم العادل في السنة الرابعة للهجرة أن يقطع بعض الأفراد من الأرض الميتة والمعادن والمياه ما دامت هناك مصلحة كما شرعت المساقاة والمزارعة كما حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، كما شرعت أكثر أحكام العقود والمعاملات قال تعـالى **يا أَيها الَّذِين آمنُواْ أَوفُواْ بِالْعقُودِ [المائدة آية 1]** كما تم تحريم أكـل أمـوال الناس بالباطل **يا أَيها الَّذِين آمنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَموالَكُم بينَكُم بِالْباطِـلِ إِلاَّ أَن تَكُـون تِجارةً عن تَراضٍ منكُم [النساء:29]** وقوله تعالى: **ولاَ تَأْكُلُواْ أَموالَكُم بيـنَكُم بِالْباطِلِ وتُدلُواْ بِها إِلَى الْحكَّامِ لِتَأْكُلُواْ فَرِيقًا من أَموالِ النَّاسِ بِالإِثْمِ وأَنتُم تَعلَمون [البقرة: 188]** كما شرع تحريم الربا في السنة السابعة للهجرة، ثم نزل في القـرآن

1 القطان، تاريخ التشريع الإسلامي، ص 131

تحريم الربا المضاعف، ثم نزل حل البيع وتحريم الربا القليل منه والكثير في سورة البقرة، ولما كانت حجة الوداع وضع رسول ا ﷺ ربا الجاهلية تحت قدميه. [1]

إن من أوضح الأمثلة على الاجتهاد في عصر الخلفاء الراشدين أن المعمول به بالنسبة للأراضي المفتوحة عنوة في أي حرب هو مقتضى الآية **واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل [البقرة، الآية:188]** حيث تبدو القسمة وفق الآية أن أربعة أقسامها للغزاة والخمس للمصالح العامة المذكورة في الآية [2] وقد رأى عمر بن الخطاب في أثناء خلافته أن يتم إبقاء هذه الأراضي دون قسمة مراعيا بذلك مصالح المسلمين وذلك بوقفها على مصالح الأمة حتى يبقى لمن يجيء بعد الغانمين شيء فقرر ترك هذه الأرض لأهلها مع وضع ما يحتملونه من خراج عليها تكون منه أعطيات للمسلمين وما يحتاجونه من نفقات لأجهزة الدولة من جند وقضاء وعماله وسد لحاجة المعوزين من اليتامى والمساكين، فوافق جماعة من الصحابة على رأسهم عثمان وعلي وخالفه آخرون وعلى رأسهم عبد الرحمن بن عوف وعمار بن ياسر وبلال متمسكين بما ذكر بالنص القرآني، حتى وصل الأمر بعمر رضي ا عنه بالقول لبلال أمام تمسكه بالنص:(اللهم اكفني بلالا وذويه). [3]

ويشير من أرخ للتشريع والفقه الإسلامي إلى أن هناك تبريرات كثيرة أوردها الفقهاء لفعل عمر[4] ويرى الباحث أن هذه التبريرات ومن بينها استناد عمر رضي ا عنه على نصوص أخرى من القرآن الكريم [5] إلا أن ذلك لا يمنع من الاستنتاج

---

1 لمزيد عن هذا الموضوع المتعلق بأهم ما تم تبيانه دلالة على كمال التبليغ وإتمام الدين وبيان الحلال من الحرام في باب المعاملات راجع: القطان، تاريخ التشريع الإسلامي، ص 135 - 157

2 القطان، تاريخ التشريع الإسلامي، ص 200

3 القطان، تاريخ التشريع الإسلامي، ص 200

4 القطان، تاريخ التشريع الإسلامي، ص 201، حيث أوردها مناع القطان كما وردت في كتاب الخراج لأبي يوسف

5 من هذه النصوص الآية 80-10 من سورة الحشر و 41 من الأنفال وما روي عن عمر رضي ا عنه من انه استند إلى الآيات 6-10 من سورة الحشر، راجع في تفضيل ذلك لدى: القطان، تاريخ التشريع الإسلامي، ص 204

أنه رضي ا عنه ذهب إلى ما ذهب إليه قبل أن يهتدي إلى نص يبرر اتجاهه الذي اتخذه وهذا ثابت من خلال الرواية التاريخية[1] ويمكن القول أن اجتهاد عمر رضـي

---

1 قال أبو عبيد وكلا الحكمين فيه قدوة ومتبع من الغنيمة والفيء إلا آن الذي اختاره من ذلـك يكـون النظر فيه إلى، كما قال سفيان، وذلك أن الوجهين جميعا داخلان فيه، وليس فعل النبـي صـلى ا عليه وسلم براد لفعل عمر، ولكنه صلى ا عليه وسلم اتبع آية من كتاب ا تبارك وتعالى فعمـل بها، واتبع عمر آية أخرى فعمل بها وهما آيتان محكمتان فيما ينال المسلمون من أموال المشركين، فيصير غنيمة أو فيئا، قال ا تبارك وتعالى ((**واعلموا أنما غنِمتُم من شَيءٍ فَـأن لِلّـهِ خُمُـسه وللرسول ولِذِي القُربى والْيتامى والْمساكِين وابن السبِيل)) (الأنفال: الآية 41)،** فهذه آية الغنيمة وهي لأهلها دون الناس، وبها عمل النبي صلى ا عليه وسلم

وقال ا عز وجل: ((**ما أَفاء الله على رسولِهِ مِن أَهل القُرى فَلِلهِ وللرسول ولِذِي القُربى والْيتامى والْمساكِين وابن السبِيل كي لا يكُون دولةً بين الْأَغْنِياء مِنكُم وما آتَاكُم الرسولُ فَخُذُوه وما نَهـاكُم عنْه فَانتَهوا واتقُوا الله إِن الله شَدِيد الْعِقَابِ 7 لِلْفُقَراء الْمهاجِرِين الذِين أُخْرِجوا مِن دِيـارِهِم وأَموالِهِم يبتَغُون فَضلًا من اللهِ ورِضوانًا وينصرون الله ورسوله أُولئِـك هـم الـصادِقُون 8 والذِين تَبوؤُوا الدار والْإِيمان مِن قَبلِهِم يحِبون من هاجر إِلَيهِم ولا يجِدون فِي صدورِهِم حاجةً مما أُوتُوا ويؤْثِرون على أَنفُسِهِم ولَو كَان بِهِم خَصاصةٌ ومن يوقَ شُح نَفْسِهِ فَأُولَئِك هـم الْمفْلِحـون 9 والذِين جاؤُوا مِن بعدِهِم يقُولُون ربنَا اغْفِر لَنَا ولِإِخْوانِنَا الذِين سبقُونَا بِالْإِيمانِ ولَا تَجعلْ فِي قُلُوبِنَا غِلا للذِين آمنُوا ربنَا إِنك رؤُوفٌ رحِيم 10**)) (الحشر:الآية: 7 - 10)

والذي حصل كما يروى في كتاب الخراج انه بعد أن قال عمر اللهم اكفني بلالا وأصحابه، ومكثوا في ذلك يومين أو ثلاثة أو دون ذلك ثم قال عمر رضي ا عنه: إني قد وجدت حجة، قال ا تعالى في كتابه ((**وما أَفاء الله على رسولِهِ مِنْهم فَما أَوجفْتُم علَيهِ مِن خَيلٍ ولا رِكَابٍ ولَكِن الله يسلطُ رسله على من يشَاء والله على كُل شَيءٍ قَدِير**)) (الحشر: الآية 6) حتى فرغ من شان بني النظير فهذه عامة في القرى كلها ثم قال ا تعالى ((**ما أَفاء الله على رسولِهِ مِن أَهل القُرى فَلِلـهِ وللرسـول ولِذِي القُربى والْيتامى والْمساكِين وابن السبِيل كي لا يكُون دولةً بين الْأَغْنِياء مِنكُم ومـا آتَـاكُم الرسولُ فَخُذُوه وما نَهاكُم عنْه فَانتَهوا واتقُوا الله إِن الله شَدِيد الْعِقَابِ**)) (الحشر الآية: 7) ثـم قال: ((**لِلْفُقَراء الْمهاجِرِين الذِين أُخْرِجوا مِن دِيارِهِم وأَموالِهِم يبتَغُون فَضلًا من اللـهِ ورِضـوانًا وينصرون الله ورسوله أُولئِك هم الصادِقُون**)) (الحشر الآية 8) ثم لم يرض – والقول لعمـر – حتى خلط بهم غيرهم فقال: ((**والذِين تَبوؤُوا الدار والْإِيمان مِن قَبلِهِم يحِبون من هاجر إِلَيهِم ولَـا يجِدون فِي صدورِهِم حاجةً مما أُوتُوا ويؤْثِرون على أَنفُسِهِم ولَو كَان بِهِم خَصاصةٌ ومن يوقَ شُح نَفْسِهِ فَأُولَئِك هم الْمفْلِحون**)) (الحشر 9) فهذا فيما بلغنا وا اعلم للأنصار خاصة ثم لم يـرض حتى خلط بهم غيرهم فقال: ((**والذِين جاؤُوا مِن بعدِهِم يقُولُون ربنَا اغْفِر لَنَا ولِإِخْوانِنَـا الـذِين سبقُونَا بِالْإِيمانِ ولَا تَجعلْ فِي قُلُوبِنَا غِلا للذِين آمنُوا ربنَا إِنك رؤُوفٌ رحِيم**)) (الحشر: الآية 10

ا عنه ربما يكون في ظاهره مثيرا للجدل[1] إلا أن هذا الموقف فهم فيما بعد فهمـا صحيحا، فهو رضي ا عنه فهم مقاصد الشريعة فهما جيدا من خلال إعمال العقـل فكان أن سبق أبا حنيفة الذي وصفت مدرسته بمدرسة الرأي، في مقابل ذلك وصفت بعض المذاهب الأخرى بأنها من مدرسة النقل أو النص.[2]

كما أن تلك الواقعة برأي الباحث تشير بوضوح إلى أن ما قيل من تفسيرات اختلط فيها التفسير الواقعي المستند إلى المنطق مع التفسير الروحي لها ما يبررها، على أن اشد ما يثير الإعجاب من هذه التفاسير بخصوص قسمة الغنـائم مـا أورده أحد أئمة الحنفية وهو أبو يوسف إذ ابتدأ تفسير هذا الموقف تفـسيرا روحيـا، ثـم تفسيرا منطقيا يتواءم مع مقاصد الشريعة، قال أبو يوسف:(والذي رأى عمر رضي ا عنه من الامتناع من قسمة الأرضين بين من افتتحها عندما عرفه ا ما كان في كتابه من بيان ذلك توفيقا من ا كان له فيما صنع، وفيه كانـت الخيـرة لجميـع المسلمين، وفيما رآه من جمع خراج ذلك وقـسمته بـين المـسلمين عمـوم النفـع لجماعتهم، لأن هذا لو لم يكن موقوفا على الناس من الأعطيات والأرزاق لم تشحن الثغور ولم تقو الجيوش على السير في الجهاد، ولما أمن رجوع أهـل الكفـر إلـى مدنهم إذا خلت من المقاتلة والمرتزقة، وا اعلم بالخير حيث كان).[3]

) فكانت هذه عامة لمن جاء بعدهم فقد صار هذا الفيء بين هؤلاء جميعا فكيف نقسم لهؤلاء ونـدع من تخلف بعدهم بغير قسم ؟

راجع في كل ما سبق: القطان، تاريخ التشريع الإسلامي، ص 203- 204

1 وهو من قال فيه النبي صلى ا عليه وسلم أنه كان يقول قد كان يكون في الأمم قبلكم محدثون فإن يكن في أمتي منهم أحد فإن عمر بن الخطاب منهم قال ابن وهب تفسير محـدثون ملهمـون رواه مسلم، صحيح مسلم، رقم:4411 نسخة الكترونية:موقع الإسلام التابع وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد:الرابط:

http://hadith.al-islam.com/Display/Display.asp?Doc=1&Rec=5668

2 القطان، تاريخ التشريع الإسلامي، ص 289.

يقول مناع القطان: ربما كان عمر بن الخطاب أكثر الصحابة فقها للنص، واجتهادا في فهمه، وإقداما على إبداء الرأي فيه، والمشكلات التي اعترضت الصحابة واجتهدوا فيها، تعطى لعمر رضـي ا عنه الميزة في أكثر من موضع، وان كان قد حرص على استشارة الصحابة والتريث في الأمور

3 القطان، تاريخ التشريع الإسلامي، ص 205 نقلا عن كتاب الخراج

والباحث يرى أن التفسير السابق ينم عن فهم للأحاديث التـي رويـت عـن الرسول ﷺ بالحض على اتباع سنة الخلفاء الراشدين، فعمر رضي ا عنه توصـل إلى هذا الاتجاه بشان الغنائم قبل أن يهتدي إلى النص، ذلك أنه فهم مقاصد الشريعة الكلية ومقاصد الشريعة في الأموال، وأن ما كان يقسم من غنائم في زمن الرسـول ﷺ لا يمكن أن يقارن مع الغنائم الكبيرة التي كانت تركة لدول وإمبراطوريات تشمل أراض واسعة، كما لا يمكن أن تكون المعطيات الاقتصادية التـي بـررت القـسمة القديمة هي نفس المبررات في زمن توسع الفتوحات الإسلامية، فالحروب والغزوات التي كانت زمن الرسول ﷺ كانت داخل جزيرة العرب ولم تكـن مغانمهـا تقـارن بالمغانم أيام عمر رضي ا عنه، وتقسيمها وفق تلك القسمة كـان فيـه مـصلحة للمسلمين مرعية، وهم الذين كانوا إما أنصارا تقاسموا لقمة العيش مع المهـاجرين، وإما مهاجرين تركوا ورائهم كل شيء من اجل دينهم، فكان إعمال العقل لدى عمر رضي ا عنه باديا واضحا، وأما توفيق ا له في أن يجد فيما بعد نصا يستند إليه فهذا يفسره حديث رسول ا ﷺ السابق الإشارة إليه من وجوب اتباع سـنة خلفائـه الراشدين.

على أنه قد يقول قائل: وماذا لو لم يهتد عمر رضي ا عنه إلى نص يستند إليه أمام المعارضة من قبل فريق آخر لا يستهان بحجته؟ وهنا يمكن القول: إن عدم الاهتداء إلى النص لا يعني أنه لا يحمل اتجاه عمر ابتداء على أنه سياسة شرعية.

ومن كل ما سبق يمكن القول: إن فعل عمر رضي ا عنه هو بواكير بـروز فقـه السياسة الشرعية الذي هو جزء من المجموع العام للفقه الإسـلامي وبـاب واسـع للتشريع في إطار الشريعة الإسلامية.

إن خير دليل على ما تم الإشارة إليه من تحليل سابق بالإضافة إلى ما قيـل من فهم لمقاصد التشريع عقلا[1] ومن ثم البحث عن دعائم تدعم الرأي نصا، ورغـم

---

1 فمن المعروف أن مقاصد الشريعة فيما يتعلق بالأموال أن لا تكون متداولة بين الأغنياء فقـط دون الفقراء بل يتداوله الجميع وينتفع به الجميع وهذا المفهوم واضح من خلال نصوص القران الكـريم – راجع في ذلك:

الخلاف حول هذه المسألة وعدم إجماع الصحابة بشأنه إلا أن الحقبة اللاحقة أفرزت فهما جعل من بعض الأئمة من يستنبط حكما شرعيا[1] بشأن هذا الأمر وهو حكم وان كان لم يهمل النصوص إلا أنه جعل فيه سعة باتجاه القول إن الأمر يتعلق بالـسياسة الشرعية والمقاصد الكلية والمصالح المرعية.

ومن كل ما سبق فإنه يمكن القول:

1 أن الحقبة النبوية كانت مصادر التشريع فيها هي كتاب ا وسنة نبيه[2].

2 وأن قضاءه ﷺ في مسائل المعاملات يتضمن فيما تضمنه قواعد تشريعية بعضها يتعلق بالنظام العام الإسلامي أو الشرعي وبعضها غير ذلك مما يتعلق بالمقصد من القاعدة وفقا للمصلحة المرعية في الظرف الزماني الذي قررت فيه القاعـدة التشريعية الاجتهادية.

3 أن اجتهاد الصحابة في زمن الرسول ﷺ كان في القـضايا الجزئيـة وأن هـذا الاجتهاد كان يمارس في معرض القضاء بين الناس حتى في حضرة الرسول ﷺ في عملية سلسة قد يتبعها تصحيح لاحق في حال الخطأ في القضاء إن لـم يـتم إقرارها، فإن أقرت فقد أصبحت من السنة التقريرية التي هي مصدر من مصادر التشريع الأساسية في الحقبة النبوية، وعلى ما يبدو أن السماح من قبل الرسـول ﷺ لأصحابه للاجتهاد في القضاء بحضرته تشير إلى أن قواعـد النظـام العـام الإسلامي قد استقرت، وان من يجتهد قد اشبع بمعاني الدين الحنيـف وقواعـده

القرضاوي، يوسف القرضاوي، مقاصد الشريعة في الأموال، ص 84، بحث مقدم للـدورة الثامنـة عشره للمجلس الأوروبي للإفتاء والمنعقدة في دبلن - جمادى الثانية/ رجب 1429 هـ ـ / يوليـو 2008 م -، البحث منشور على موقع المجلس الأوروبي للإفتاء على شبكة الانترنت بشكل ثابـت ضمن أبحاث الدورة المذكورة

1 ف مالك ذهب إلى أن الأرض المفتوحة لا تقسم بل تكون وقفا يقسم خراجها في مصالح المـسلمين من أرزاق المقاتلة وبناء القناطر والمساجد وغير ذلك من سبل الخير، إلا أن يرى في وقـت مـن الأوقات أن المصلحة تقتضي القسمة، فان له أن يقسم الأرض وحكي هذا القول ابن القيم عن جمهور الصحابة ورجحه، وقال:انه الذي كان عليه سيرة الخلفاء الراشدين. راجع في ذلك القطان، تـاريخ التشريع الإسلامي، ص 205

2 القطان، تاريخ التشريع الإسلامي، ص 131

التي جاءت متوافقة مع قواعد الحق والعدل المستقرة في الضمير الإنساني وفي الفطرة الإنسانية السليمة منذ أن خلق ا الأرض وما عليها.

4 أن الحقبة النبوية قد قررت أن الاجتهاد أصل من أصول الشريعة الإسلامية.

2.4 القضاء وفقا للشريعة ما بين مستجدات العصر وواقع الفقه والقضاء المعاصر:

1.2.4 ما المقصود بالحكم وفقا للشريعة أو بما لا يخالفها والموقف من جديد الفقه وقديمه:

إن التطرق لهذا الموضوع وخاصة في مجال التحكيم سواء كان التحكيم محليا أم تحكيما تجاريا دوليا يفرض نفسه من خلال التحوط لدى الفقه الإسلامي المعاصر بالتأكيد على أن الغاية من التحكيم هي الوصول إلى حكم فاصل في النزاع، على أن يكون هذا الحكم موافقا لأحكام الشريعة الإسلامية، وقد تستخدم عبارة مشابهة للعبارة السابقة بالقول:الوصول إلى حكم لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية.

وقد يبدو للوهلة الأولى أن لا خلاف بين العبارتين (وفقا لأحكام الشريعة) (وبما لا يخالف الشريعة)، غير أن الباحث يرى أن هذه الإشكالية بين العبارتين ربما تكون مدخلا لا يستهان به في حل إشكالية ترتبت على سؤال يطرح وهو: هل الاحتكام إلى قواعد قانونية أجنبية يعني بالضرورة الوصول إلى حكم لا يوافق أحكام الشريعة الإسلامية؟

وهنا فإنه مما لا شك فيه أن كثيرا من القوانين العربية قد هيمنت عليها القواعد الفقهية المستمدة في الأصل من الشريعة الإسلامية [1] فنلاحظ مثلا أن

---

1 على سبيل المثال القانون المدني في كل من الأردن والعراق وسوريا والإمارات.....

القانون المدني الأردني الذي قدم كنموذج للقانون المدني الإسلامي [1] ينص على التالي.[2]

المادة (2):

1 تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص.

2 فإذا لم تجد المحكمة نصا في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.

3 فإن لم توجد حكمت بمقتضى العرف، فإن لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة، ويشترط في العرف أن يكون عاما وقديما ثابتا ومطردا ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب. أما إذا كان العرف خاصا ببلد معين فيسري حكمه على ذلك البلد

4 ويسترشد في ذلك كله بما أقره القضاء والفقه على أن لا يتعارض مع ما ذكر

المادة (3): يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي.

المادة 1448.

1 يلغى العمل بما يتعارض مع أحكام هذا القانون من مجلة الأحكام العدلية.

2 عند تطبيق أحكام هذا القانون تراعى أحكام القوانين الخاصة.

إن نصوصا مثل تلك الواردة في القانون المدني والدستور الأردني [3] ربما تكون نموذجا لإحدى تطبيقات الدول الإسلامية في مجال التشريع وفقا للخلفية الإسلامية بعد أن كانت مجلة الأحكام العدلية العثمانية أول تقنين للفقه الإسلامي حيث كان جلها مبنيا على الراجح في الفقه الحنفي، ولكن مثل هذه النصوص تبدو غير كافية إذا لم نكن أمام قضاء مجتهد، أو قضاء متواصل مع جديد الفقه

---

1 على انه تجدر الإشارة إلى أن القانون المدني الأردني يطبق جنبا إلى جنب مع مجلة الأحكام العدلية العثمانية في كل ما لا يتعارض فيها مع هذا القانون

2 هذا مع مراعاة أن المادة الثانية من الدستور الأردني تنص على أن الإسلام دين الدولة.

3 المادة 2 من الدستور الأردني التي تقول بأن دين الدولة هو الاسلام

الإسلامي، لنصل إلى إشكاليات تتعلق بسؤال كبير في حاضرنا فضلت طرحه بمثال متبوع بسؤال.

فعلى سبيل المثال وعلى مستوى القضاء المدني في الأردن ووفقا لنـصوص القانون المدني هل من المطلوب في حالة الاجتهاد فيما لا نص فيه أن يتم الرجـوع إلى الآراء الفقهية القديمة أم أن أي جديد في الفقه في حاضرنا يمكن الاستناد إليـه باعتباره تبنيا لاجتهاد جديد ؟

إن كل ذلك يومئ إلى إشكالية واقعية تشير إلى صراع مفتعل بـين مـا هـو قانوني وشرعي وهو صراع يدخلنا إلى سؤال كبير هل الفقه الإسـلامي المعاصـر منفصل تماما عن الواقع القضائي؟

إن الباحث إذ يورد مثل هذه الإضاءة البسيطة فإنما يوردها توطئة لما قد يثار حول الشريعة الإسلامية كمفهوم، وكقانون قد يتم الاحتكام إليه من قبـل أي طـرف ليحكم موضوع النزاع، وهو شرط قد يشترط ويتم الموافقة عليه من قبل الأطراف، ومع ذلك يفشل تطبيق مثل هذا الشرط كلما كان التحكيم لدى هيئات تحكيم أجنبيـة! ليبقى السؤال: هل العلة فيما يقوله هؤلاء عن الشريعة، أم أنه بسبب عـدم وجـود الشريعة في قانون وأنها ينظر إليها من قبل الغير بأنها في معظمها مجرد اشـتراع فقهي فيه خلاف كما هو الحال في أي فقه ؟ وما هو المعتبر قطعا أنه تـشريع مـن مجموع الفقه الإسلامي؟ هل ينظر إلى الشريعة الإسلامية على أنها كتلة واحـدة لا تميز بين المعاملات والعبادات[1]؟ وهو سؤال يغلب الظن أن جوابه عند غيرنا هـو

---

1 راجع: فضل ا ، البروفسور إبراهيم فض ا ، مقال منشور في مجلة التحكيم، ص 20 وما بعـدها، حيث على قرار محكمة الاستئناف الانكليزية في 2004/1/28م في قضية:

(Beximco pharmaceuticals Ltd.and Alii – v. Shamil Bank of Bahrain E.C)

والذي صادقت بموجبه على قرار صادر عن القاضي مـوريس – (High – Morison. Court of justice- Qween,s Bench Division)

حيث حيدت المحكمة الإحالة إلى الشريعة الإسلامية مستندة إلى الأسباب التالية:

أولا: يجب أن يخضع العقد إلى قانون واحد وليس إلى عدة قوانين: من المعترف بهـا فـي مجـال الامتيازات انه من غير الممكن أن يخضع العقد لنظامين قانونيين مختلفين

ثانيا: هذا القانون يجب أن يكون قانونا نظاميا صادرا عن دولة معينة، الأمر الـذي لا ينطبـق علـى الشريعة

بنعم من خلال عدم استساغة هيئات التحكيم الأجنبية لشرط التحكيم وفقـا للـشريعة الإسلامية.

وفي إطار التعامل مع المستجدات أو ما يسمى النـوازل فإنـه لا بـد مـن الاعتراف بأن الواقع افرز إشكالات تشير إلى تأخر لدى الفقه الإسلامي المعاصـر[1] في تدارك كثير من الأمور التي أثارت جدلا لدى الفقه الغربي وكان نتاج هذا الجدل هو الوصول إلى ما يمكن القول أنها صيغ عادلة تتوافق ومعطيات العصر، وهو في تفكيره كفقه لم ير الإشكال إشكالا إلا بعد أن تبدلت ظـروف ومعطيـات العـصر فجعلت منه إشكالا.

فمن المشاكل الواقعية على سبيل المثال مسألة وقت تقدير الضرر، هذا الأمر وعلى ما فيه من جدل فقهي لدى الفقه الغربي[2] وما فيه من أقوال أيضا لدى الفقـه الإسلامي على الخلاف وهو أمر طبيعي[3] فيلاحظ أن النتيجة التي انتهى إليها هـذا الجدل حسمت في فرنسا حسما قضائيا وعولج هذا الموضوع بما يتواءم مع معطيات العصر التي تشير إلى أنه ليس من العدالة أن يتم تقدير التعويض عن الضرر وقت وقوعه لأن المحاكم ببساطه لا تحكم في التعويض فورا وبالتالي فإن قيمة الـضرر تتغير من وقت وقوعه إلى وقت الحكم فيه مما أدى إلى اتجاه القضاء إلى مراعـاة

ثالثا: لا يوجد في معاهدة روما أية أحكام تتعلق باختيار أو تطبيق نظام قانوني غير وطنـي كـوانين الشريعة

رابعا: في أية حال، أن مبادئ الشريعة ليست فقط مبادئ قانونية، إنما مبادئ تطبق على أوجه العـيش والسلوك الأخرى

" وحتى لو أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي بمثابة مبادئ قانونية، فان تطبيق هكذا مبادئ في ميـدان العلاقات التجارية والمصرفية هو موضع خلاف ومناقشة " انظر العدد:2 من مجلة التحكيم، شـهر نيسان 2009م، والتي يرأس تحريرها عبد الحميد الأحدب، منشورات دار الحلبي، بيروت

1 والمقصود بالفقه المعاصر هو المجامع الفقهية التي يفترض أن تمارس اجتهادا جماعيا مبنيـا علـى أسس علمية

2 بتوسع أكثر لدى: العامري، سعدون العامري، تعويض الضرر في المسئولية التقـصيرية، ص 204 - 207، 1981م، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد

3 بتوسع لدى: الزحيلي، وهبه الزحيلي، نظرية الضمان (أحكام المسئولية المدنية والجنائية في الفقـه الإسلامي) دراسة مقارنة، طبعة (بدون)، 1982م، دار الفكر، دمشق.

مثل هذا الأمر حيث بدأت المحاكم الفرنسية بقبول مبدأ التعويض عن الضرر في وقت صدور الحكم في تأكيد منها على أنه يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار ارتفاع الأسعار الذي حصل منذ وقوع الضرر[1] وهو توجه علق عليه الفقه بالقول: إن ذلك ينسجم تماما مع مبدأ التعويض الكامل للضرر[2] وهذا التوجه الذي سار عليه القضاء الفرنسي سار على نهجه القضاء المصري [3] فهل يستطيع أحد أن يقول إن القضاء المصري وفقا لتوجهه ومفهومه عن مبدأ التعويض الكامل بالنسبة لوقت تقدير الضرر أنه بهذا خالف الشريعة الإسلامية[4] ؟

هناك مسائل أخرى ربما تكون مجالا للتساؤل من قبل الآخر وحتى من قبل كل أولئك الذين يرون في الاحتكام إلى الشريعة بأنهم مقدمون على الاحتكام إلى قواعد لا يمكن أن تكون إلا عادلة ومن هذه المسائل التعويض عن الضرر المعنوي وهو موضوع أثير فيه أيضا جدل واسع على مستوى الفقه الغربي بين مؤيد للحق في التعويض عن هذا الضرر ومعارض له[5] إلا أن القضاء الفرنسي أيضا تصدى لهذا الموضوع بعد تردد وقرر أنه يكفي أن يكون للشخص مصلحة أدبية حتى يستطيع أن يرفع الدعوى مطالبا بالتعويض في حالة المساس بها.[6]

إن مسائل مثل تلك المتعلقة بالتعويض عن الأضرار ووقت تقديرها كالتعويض عن الضرر المعنوي وحتى التعويض عن بعض الأضرار المستقبلية التي تكون قريبة من الضرر المحتمل كتفويت الفرصة، ربما تكون أمثلة حية على أن هناك أمورا حسمت لدى فقه القضاء، على الأقل في العالم الغربي، وهي ستكون

---

1 العامري، تعويض الضرر في المسئولية التقصيرية، ص 205

2 العامري، تعويض الضرر في المسئولية التقصيرية، ص 205

3 العامري، تعويض الضرر في المسئولية التقصيرية، ص 206

4 ربما يقال إن مثل هكذا طرح ما هو إلا تأثر من المغلوب بثقافة الغالب، ولكن لا بأس من الاستفادة من منهجية هذا الغالب لمساعدة المغلوب كي لا يبقى مغلوبا.

5 العامري، تعويض الضرر في المسئولية التقصيرية، بتوسع طالع ص 68 - 84

6 العامري، تعويض الضرر في المسئولية التقصيرية، ص 86، وان كان هناك نقد لبعض المبالغات في التعويض عن بعض الأضرار الأدبية، طالع: ص 88 نفس المرجع

محل سؤال واستفسار من قبل أي طرف أجنبي لديه هواجس حول الإحالة المطلقـة في التحكيم وفقا للشريعة الإسلامية.

هذه الأمثلة ربما تشير إلى الاستفهام حول ما هو أعمق من ذلك واكبر، وهي أمثلة تصدى لها القضاء في البلاد الغربية واوجد لها حلولا باعتباره قضاء مجتهـدا يستطيع استنباط الأحكام ليس فقط من النصوص ولكن من مبادئ العدالة، ولم يقـل أحد إن التقنين منع القضاء في فرنسا على سبيل المثال من أن يكون قضاء مجتهدا.

في المقابل فلو طالعنا فقهنا الإسلامي واتجاهه في مثل هـذه الموضـوعات لوجدنا أن القاعدة العامة أنه لا محل للتعويض إلا عن المال المحقق الوجـود فعـلا والمتقوم شرعا، فتكون الأضرار المستقبلية أضرار غير محققه حالا، وكذا الـضرر الأدبي فهو غير متقوم شرعا [1] وأما بالنسبة لوقت تقدير الضرر فيبدو مـن خـلال طرح الفقه الإسلامي لمسائل تتعلق بالغصب والإتلاف وفي تمييز واضح بين القيمي والمثلي أن الأقوال قد ترددت في هذا الأمر بين حديث عن ضمان القيمة في المثلي بين رأى يقول: بأن ذلك يكون وقت الخصومة إي وقت القضاء وبين قائل بـذلك يوم الغصب ورأى آخر يشير إلى تقدير القيمة يوم انقطاع الشيي من الأسواق[2] وأما القيمي فتجب قيمته بالهلاك أو التلف يوم الغصب باتفاق الحنفية وإذا استهلك تجـب القيمة يوم الاستهلاك[3] بطبيعة الحال فإن الفقه الإسلامي كان يطرح المـسائل علـى شكل أمثلة كأن يقال: رجل غصب شاة فسمنت ثم ذبحها ضمن قيمتها يوم غصبها لا يوم ذبحها عند أبى حنيفة، وأما عند الصاحبين (أي تلاميذ أبي حنيفة) فيوم ذبحهـا[4] وذلك في إشارة إلى الاختلاف حول قاعدة أن الضرر يقدر بقيمتـه يـوم الغـصب وبالحالة التي كان عليها المغصوب، أم أنه يقدر بناء على قيمته يوم هلاكه بما لحقه من زيادة.

---

1 الزحيلي، وهبه الزحيلي، نظرية الضمان، ص 96

2 الزحيلي، وهبه، نظرية الضمان، ص 97

3 الزحيلي، وهبه، نظرية الضمان، ص 97

4 الزحيلي، وهبه، نظرية الضمان، ص98

وأما عن رأيهم في الإتلاف دون غصب فتجب فيه القيمة يوم التلاف اتفاقـا[1]

فإذا كان ما سبق هو رأي الحنيفة فإن بقية آراء المذاهب أيضا قد تطرقت إلى مثـل هذا الأمر وتراوحت فيه الأقوال بين مذهب وآخر.[2]

ورغم أن العلامة وهبه الزحيلي على سبيل المثال يرى أنه يمكن إيجاد مستند لتعويض بعض الأضرار كالضرر الأدبي، من خلال السلطة التقديريـة الممنوحـة للقاضي فيما لا نص عليه عملا بمبدأ السياسة الشرعية لإحقاق الحق وإقرار العـدل ودفع الحرج والمشقة، وأخذا بمشروعية التعزيـرات أو الغرامـات الماليـة، وأن القاضي له أن يفعل في ذلك ما يراه حسب الحاجة، ثم علق على مسألة وقت تقـدير الضرر فيقول: أن هناك من الفقه الإسلامي من يرى وجهة نظر مطابقة لوجهة نظر فقهاء القانون من المنادين بتقدير قيمة الضرر يوم الحكم.[3]

ورغم هذا فعلى ما يبدو أن أي رأي جديد للفقه الإسلامي يعيدنا إلى المربـع الأول وهي مسألة الاجتهاد خارج الجسم القضائي وداخل الجسم القـضائي، ومـن يسمع لمن؟

كل ذلك في ظل تأكيد البعض في زماننا على أن الاجتهاد متوقـف علـى مـستوى علماء المسلمين[4] فكيف يمكن في المقابل تخيل أن يكون القضاء مجتهـدا متـصديا للواقع غير مكبل بقيود قيد نفسه بها.

ومن كل ما سبق يشير الباحث إلى أن الإحالـة إلـى الـشريعة الإسـلامية بالمطلق إن كان مستساغا في العلاقات الداخلية فإنه غير ذلك في العلاقات الخاصة الدولية، خصوصا في مجال التحكيم لأن الأمر إن كان يتعلق بإحالة إلـى مـا يـتم القضاء فيه وفقا لبلاد معينة على أنة الشريعة الإسلامية، وإذا كنـا نحـن معـشر المسلمين نعتبر كل الفقه الإسلامي خيرا لنا، فإن غيرنا قد يعتبره شـرا مـستطيرا

---

1 الزحيلي، وهبه، نظرية الضمان، ص 98

2 الزحيلي، وهبه، نظرية الضمان، ص 98 - 100

3 الزحيلي، وهبه، نظرية الضمان، ص 96

4 مشار إليه لدى: القرضاوي، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، نقلا عن فئات كثيرة ترى انه لا وجود للاجتهاد في زماننا

وجهالة فاحشة، وأنه على سبيل المثال وفي معرض التطرق إلى مسألة وقت تقدير التعويض فهل يستطيع أحد أن يستند إلى ما قال به العلامة وهبه الزحيلي وهو مـن أعلام الفقه الإسلامي الذي يرى أن هناك أقوالا في فقهنا تتفـق مـع رأي جماعـة آخرين من شراح القانون الوضعي[1] أو رأيه في موضوع التعويض عـن بعـض الأضرار وخاصة الضرر الأدبي[2] لا بل هل يستطيع أحد أن يستند إلى رأى باحث مثل خالد عبد ا الشعيب واستنتاجه بان قاعدة الضرر يزال تشمل التعويض عن الضرر المعنوي[3] حيث استند في بحثه على الحديث المذكور عن قـصة الرسـول صلى ا عليه وسلم مع زيد بن السعنة حيث لم يتطرق الشعيب إلى ما جـاء فـي بطون كتب الفقه الإسلامي فقط كالقول مثلا إن الضرر عند الأصوليين هو (ألـم القلب)، بل استند إلى حديث جاء في صحيح ابن حبان عن قصة مع زيد بن سـعنه عندما راعه عمر بن الخطاب، فقال الرسول صلى ا عليه وسلم لعمر (**إنـا كنـا أحوج إلى غير هذا منك يا عمر، أن تأمرني بحسن الأداء وتأمره بحسن التباعـة (طلب الدين) اذهب به يا عمر فاقضه حقه وزده عشرين صاعا من غيره مكان ما رعته (أخفته)** حيث استنتج الشعيب أن دلالة الحديث واضحة، وان العشرين صاعا لم تكن إلا مقابل الروع الذي سببه عمر لابن السعنه، فيقول: **إن هذا هـو الحـديث الذي افتقده المعاصرون وجعلهم يستدلون بالقواعد العامة لبيان حكم هذه المسألة.**

وكل ما سبق الإشارة إليه يقود المتتبع من حيث شاء أم أبى إلى التعريج على واقع الاجتهاد في الفقه الإسلامي وفق حاضرنا الحالي.

2.2.4 واقع فقه الاجتهاد في العصر الحالي:

إن الإشكالية المطروحة في واقعنا الإسلامي تشير إلى أنه لا يمكـن أن يـتم تغطية الحقائق والقول بأنه يمكن الإحالة بعبارات بسيطة جدا قوامها عـدة كلمـات

---

1 الزحيلي، وهبه، نظرية الضمان، ص 101

2 الزحيلي، وهبه، نظرية الضمان، ص 96

3 الشعيب، خالد عبد ا الشعيب، بحث بعنوان: قاعد الضرر يزال وشمولها للتعويض عـن الـضرر المعنوي، منشور على موقع الفقه الإسلامي بشكل ثابت:الرابط
http://www.islamfeqh.com/Nawazel/NawazelSectionItems.aspx?SectionID=31

وهي أن نحكم وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية لنقابل بصفعة من الآخر تشير إلى أن الإحالة تنطوي على أمر غير مقبول.

ولذا فإنه مهما كتب من أبحاث تشير إلى أن هيئات التحكيم الأجنبية هي جلاد ونحن الضحية، هي برأي الباحث بعيدة عن المنطق، ولذا فإن الوجه الآخـر لهـذا الأمر هو تلك الإحالة دون أن يكون هناك تقنين لأن عدم وجود التقنين يعنـي أننـا أمام قضاء مجتهد لديه حل إن لم يجد نصا.

في المقابل نجد أن واقع الفقه الإسلامي حتى عندما يؤصل لقضايا هي فـي الأصل يفترض أن تنبئ عن بذل جهد عقلي للوصول إلى تصور أو نظريـة فإنـه يواجه أزمة وصراعا مع المصطلح الحديث لا بل وصراعا مع استخلاص القواعـد وفقا لترتيبات عصرنا لا وفقا لترتيبات عصور ما قبلنا، وأسوق مثالا علـى ذلـك وهو كيف يتناول الفقه الإسلامي مثلا مسألة مسئولية القاضي عـن أخطائـه غيـر العمدية على سبيل المثال: فنجد هذا الفقه المعاصر يشير إلى الفقه القديم الذي كان يطرح حلولا تتراوح ما بين النقض وهو في عصرنا طريق من طرق الطعن فـي الأحكام وبين تضمين القاضي تارة وتضمين بيت المال تارة أخرى وفقـا لنظريـة الضمان في الفقه الإسلامي[1] فيقول نصر فريد واصل في محاولة للولوج إلـى هـذا الموضوع من خلال تبويب الفقه لإشكال الخطأ الذي يمكن أن يقع من القاضي: (إن خطأ القاضي في الحكم، إما أن يكون بسبب راجع إليه، أو بسبب راجع إلى غيـره، وإما أن يكون خطأ عن عمد، وإما أن يكون عن غير عمد، وغير العمد إما أن يكون عن تقصير منه، وإما أن يكون عن اجتهاد صحيح، ولا يخرج الخطأ في الحكم عن هذا التقرير)[2] ورغم سلامة هذا التبويب إلا أنه ظل أسيرا لتبويب الفقه القديم فيمـا

---

1 لمزيد من الاطلاع: وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 33، ص 319، حيث اختلف الفقهاء فيها، هل يؤاخذ بما يقع في أحكامه من أخطاء أم انه لا تجوز مساءلته عن ذلك بسبب كثـرة ما يجري على يديه من التصرفات حيث يمكن ملاحظة أن الفقه الإسلامي قد كانت له أقـوال فيمـا يكون من أخطاء تبعا للمقضي به (المحكوم به) إن كان من حقوق العباد أم من حقـوق ا عـز وجل

2 واصل، نصر فريد محمد واصل، السلطة القضائية ونظام القضاء في الاسلام، ص 377، المكتبـة التوفيقية، القاهرة.

يتعلق بنتائج هذه المسؤولية، وفي خلط بين حلول تشير إلى النقض وحلول تشير إلى التضمين، لينتهي بعد ذلك إلى خلاصة حديث لأحد فقهاء القانون وهـو المستـشار جمال المرصفاوي فينصص قوله:(وظاهر مما تقدم أن الدولة غير مسئولة عن خطأ القاضي بإطلاق، وان القاضي لا يسأل إلا أن يصل الخطأ منه إلـى درجـة مـن الجسامة ترقى به إلى مرتبة الخطأ المهني الجسيم، وذلك بعكس النظـام الإسـلامي الذي تقرر فيه مسئولية القاضي الشخصية، إذا تعمد الجور في حكمه، وهو إن أعفاه (أي النظام الإسلامي) من الضمان إذا كان الخطأ غير متعمد، إلا أنه احتـاط لحـق المضرور الذي قضي عليه خطأ في حكم نهائي، فجعل التعويض إما في بيت مـال المسلمين أو في مال المحكوم له.... ولم يجعل الضمان هدرا إلا إذا كان المقـضي فيه حقا من حقوق العباد، وكان منشأ الخطأ اجتهاد القاضي دون تدليس من المحكوم له، ولا يخفى من هذا مدى تقدم الشريعة الإسلامية في هذا المجال، ففي الوقت الذي تنكر فيه كثير من النظم الوضعية مسئولية الدولة عن أخطاء الأحكـام المدنيـة أو الجنائية أيا كان مصدر الخطأ وسبب الوقوع فيه، نجد الحيطة الـشديدة والتفـصيل الرائع والعدالة الحق في النظام الإسلامي القضائي والتشريعات المتعلقة به من جميع الوجوه).[1]

إن ما أشير إليه آنفا يقودنا إلى ما قيل عن واقع الاجتهاد في عصرنا وهنـا أشير إلى ما تطرق إليه يوسف القرضاوي بعد أن تطرق إلى كل من قـال بـان لا مكان للاجتهاد بحيث أصبح التقليد أمرا واجبا ودعوى الاجتهاد أمرا منكرا ليـورد بيت الشعر التالي:

ومالك وسائر الأئمة: كذا أبو القاسم هداة الأمة

فواجب تقليد حبر منهمو: كما حكى القوم بلفظ يفهم مشيرا إلى أن هذا ما كان يدرس تحت عنوان العقائد الواجب تلقيها وحفظها ونشرها وهو قول لصاحب كتاب " الجوهرة " في التوحيد.

---

1 واصل، السلطة القضائية ونظام القضاء في الاسـلام، ص 377، نقـلا عـن المستـشار جمـال المرصفاوي في بحثه الموسوم بعنوان (نظام القضاء في الإسلام) وهو بحث قدم لمـؤتمر القمـة الإسلامية المنعقدة في الرياض في 1976/10/24

وبعد ذلك يذكر القرضاوي أن من ادعى وقال أنه أصبح مجتهدا مثل جـلال الدين السيوطي حورب أيما حرب، رغم أنه بلغ رتبة الاجتهاد عن جدارة واستحقاق، وذلك في توجه واضح في الثقافة الإسلامية ومن داخلها يشير إلـى تيـار يحـارب الاجتهاد.[1]

ثم بعد ذلك يقسم المدارس الفقهية الموجودة في حاضرنا على النحو التالي:

الاتجاه الأول: اتجاه التضييق والتشديد: ويمثله مدرستان.

الأولى: المدرسة المذهبية: وهي التي لا تزال تؤمن بوجوب إتباع مذهب معـين لا يجوز الخروج عنه، ويجب الاجتهاد للمسائل الجديدة في إطاره، وتخريجا على أقوال علمائه، وبخاصة المتأخرين منهم، مثل شرح الهداية، والكنز، والتنوير من الحنفية، وشراح خليل والرسالة من المالكية، وأبي شجاع من الـشافعية، وشـراح الإقنـاع والمنتهى من الحنابلة، وهؤلاء إذا سئلوا عن معاملة جديدة لا بد أن يبحثوا لها عن نظير في كتب المذهب، أو المذاهب المتبوعة، فإذا لم يجدوا لها نظيرا أفتوا بمنعها، كأن الأصل في المعاملات الحظر إلا ما أفتى السابقون بإباحته.

الثانية: الظاهرية الحديثة: أي المدرسة النصية الحرفية، وقد اسماهم الظاهرية الجدد وجلهم ممن اشتغلوا بالحديث ولم يتمرسوا بالفقه وأصـوله ولا يكـادون يهتمـون بمقاصد الشريعة وتعليل الأحكام ورعاية المصالح...

الاتجاه الثاني: اتجاه الغلو في التوسع:

وهما المدرسة الطوقية نسبة إلى نجم الدين الطوقي ت 716هـ وهو صـاحب الرأي المشهور في تقديم المصلحة على النص، والمدرسة الثانية وهي مدرسة تبرير الواقع سواء كان الواقع الذي يريده العامة أم الواقع الذي يريده السلطان.

الاتجاه الثالث:الاتجاه المتوازن أو مدرسة الوسطية:

وهي المدرسة المعتدلة التي تجمع بين إتباع للنـصوص ورعايـة مقاصـد الشريعة ثم يضع القرضاوي ضوابط الاجتهاد بعد أن يشرح حال الفقـه الإسـلامي وذلك على النحو التالي.[2] :

---

1 القرضاوي، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، ص 92

2 القرضاوي، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، ص 173 إلى ص 185

1) لا اجتهاد بغير استفراغ الوسع: وهي نقطة هامة أومأ إليها القرضاوي وتشير بحسب رأي الباحث إلى أن الأمر يتطلب بحثا في الأدلة، مع ملاحظة أن السؤال المطروح وفقا لهذه النقطة وهي الالتفات من قبل أي مجتهد أن الدليل يمكن أن يكون موجودا ولكن لم يتم التوصل إليه فنحتاج إلى بحث.
2) لا محل للاجتهاد في المسائل القطعية: فالاجتهاد في الأحكام الظنية فقط
3) لا يجوز أن نجعل الظنيات قطعيات: فيبقى الظني ظنيا والقطعي قطعيا أو أن يتم الادعاء بأن أمرا ما هو محل إجماع وهو غير ذلك
4) الوصل بين الفقه والحديث: بحيث تزول الفجوة بين مدرسة الفقه ومدرسة الحديث
5) الحذر من الوقوع تحت ضغط الواقع
6) الترحيب بالجديد النافع
7) ألا نغفل روح العصر وحاجاته: وفي ذلك يقول القرضاوي: ألا ننسى أننا في القرن الخامس عشر الهجري لا في القرن العاشر ولا ما قبله خصوصا أن مشكلاتنا لم تعرض لمن قبلنا من سلف الأمة وخلفها وأننا مطالبون بان نجتهد لأنفسنا لا أن يجتهد لنا قوم ماتوا قبل عدة قرون ولو أنهم عايشوا عصرنا اليوم، وعانوا ما عانينا، لرجعوا عن كثير من أقوالهم، وغيروا كثيرا من اجتهاداتهم لأنها قيلت لزمانهم وليس لزماننا...... ثم يدعو بعد ذلك إلى ما يسمى الاجتهاد الجماعي باعتبارها تمثل شورى في واقع الأمر مع دعوته إلى فسح الصدور لخطأ المجتهد.

فإذا كان هذا هو واقع الاجتهاد في حاضرنا فكيف هو واقع القضاء.... ؟

3.2.4 الواقع القضائي والقضاء السعودي كنموذج وحالة خاصة في ظل عدم وجود التقنين:

إن الإحالة المطلقة إلى الشريعة الإسلامية دون التقيد بمذهب معين على الأقل يعني أمرين مهمين:

الأمر الأول: الإحالة إلى تراث فقهي متنوع ومتعدد، وإذا كنا في معرض إحالة نزاع ما فإن العنصر المهم في هذا الموضوع هو القضاء، فهل القضاء لدينا كله مجتهد ؟ أم أنه قضاء تقليد؟ أم لا هو هذا ولا ذاك.

الأمر الثاني: أن هناك أمورا من المستجدات وأنها بحاجة إلى اجتهاد في ظل عـدم وجود قضاء يمكن القول عنه إنه حقق نجاحا كبيرا في حفر سجل من الاجتهاد يمكن الركون إليه كمبادئ قضائية مستقرة.

فعلى سبيل المثال فإن بلدا مثل المملكة العربية الـسعودية كانـت الـسلطة القضائية فيها حاضرة منذ تأسيس المملكة قبل أكثر من مائـة عـام وفقـا للتقـويم الهجري ولم يخطر ببال القائمين على القضاء فيهـا أن يقومـوا بتـدوين الأحكـام القضائية إلا قبل بضع سنين وهي أحكام منتقاة، رغم أن هذا القـضاء يعتمـد فـي أحكامه وقراراته على القياس بين مسائل اليوم وأقضيه الأمس، لأن مسائل الأمس ما هي في معظمها إلا نتاج أقضية أو فتوى في أمر حادث في ذلك الوقت، كـل ذلـك انعكس فيما بعد في شكل نقد لاذع لهذا القضاء، ذلك أن الجسم القضائي أصبح مقلقا لمن هم في الداخل وتحت ولايته فكيف بمن هم خارج ولايته ويراد منهم أن يقبلـوا إحالة إلى ما يقال إنها القواعد التي يحكم بها.

يقول أحد كبار المحامين في المملكة العربية السعودية في مقال مطول معلقـا على المناهج التي تدرس في معهد القضاء في المملكة:(أمـا أحكـام المعـاملات والجنايات فإن تدريسها يقتصر على ما ورد في أحد المتون وهو (الروض المربـع - للبهوتي)، كما أن نهجهم في دراستها هو نهج أدبرت عليه الأيام.. فهم يدرسـون كل مسألة شرعية على حدة، ومعها الحكم الشرعي الخاص بها، أي حالـة بحالـة ومسألة بمسألة، دون دراسة لا للقواعد الكلية المجردة ولا لجديـد المـسائل، أمـا الحلول والأحكام التي أتت بها هذه المتون فهي لمسائل تؤوب صـعداً إلـى آمـاد فاضت على مئات السنين، بل ولهذا السبب فإننا نرى بعض القضاة يتهـاوى حـين يحكم في أخطاء... كالطفل.. بل إن بعضهم يوغل في أخطائه إلى حدود يظعن معها حتى عن نصوص القرآن، بل ولا يرعوي عن إهـدارها،... صـحيح أن محكمـة التمييز قد تلاحظ وتبدي مثالب على الحكم.. بل وتكرر الملاحظات.. ومع هذا فإن

قضاتها لا يرون- مع الأسف - غضاضة في التصديق عليه.. إذا حرن القاضي في موقفه.. ومن الأمثال التي نضربها هو حكم ذلك القاضي (بجدة) حين قضى بعدم تزويج امرأة ممن تريد وحازب أخاها على عضلِها فأجازه، أي أجاز العضل في حكمه وذلك حين أصاخ إلى إفك أخيها الذي افترى عليها كذباً وزعم بأنها كانت تمكنه من نفسها... والقاضي بهذا خالف نص الآية الكريمة: **فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ [البقرة.الآية: 232]**، ومع هذا فقد صدقت عليه محكمة التمييز بعد أن رفض ملاحظاتها من قبل[1]، أو أولئك القضاة بمحكمة (بيشة) الذين قضوا بسجن غلامين لبضع سنين لأنهما سرقا شاة، مع أنهما لا يساءلان جنائياً في أحكام الشريعة، فمن كان صغيراً لم يبلغ السادسة عشرة لا يساءل جنائياً عند جمهور الفقهاء، وإنما يؤدب (أنظر: التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عودة ج1 ص 602 ط 1959)، أو أولئك القضاة الذين برئوا من ضربوا آخر في بيته ضرباً أفضى به إلى الموت، مع أنها تعد جريمة شبه عمد، فالجناة هنا قصدوا الفعل دون النتيجة (انظر: التشريع الجنائي في الإسلام - المرجع السابق - ص 406)، ولهذا كان يلزم عقابهم لا تبرئتهم..، أو تلك الأحكام التي تترى كل يوم قاضية بالغوائل.. التي تتمثل في إيقاع مئات الجلدات على فتى غُمر قارف ذنباً هائفاً تمثل في محادثته فتاة، بينما لو هو واقعها أمام الملأ لما حكم عليه أكثر من الحد وهو مائة جلدة، ومن آوى إلى ما ورد في الأثر لأدرك أن الأحكام بالجلد هذه قد ضلت ضلالاً بعيداً عما أجمع عليه الفقهاء في المذاهب الأربعة، وعلى رأسهم الأئمة الحنابلة، وهم: أحمد والخرقى وابن قدامة وابن القيم (انظر: نظرية التعزير في الشريعة - رسالة لعبد العزيز عامر - في حقوق القاهرة - عام 1956 ص 276 - 277 – 278)، ولعل مآب ذلك هو أن نظرتهم للمتهم تنطلق من منطق (المطوع) الذي يخال كل من أتى ذنباً وإن هان.. وكأنه جبار شقي، أي أنهم لا ينظرون للمتهم هنا من منطق القاضي ذي النظر الثاقب والفراسة والأفق الواسع والمعرفة الشاملة التي تأخذ في الاعتبار أحوال المتهم النفسية والاجتماعية

---

1 أي أن محكمة التمييز أعادت ملف الدعوى إلى قاضي المحكمة وأبدت ملاحظاتها فأعاده ولم يقنع بملاحظات التمييز وأصر على حكمه فصادقت التمييز على قراره الأول المتضمن في الحكم

والظروف التي حدته إلى فعل ما فعل، أزيد وأقول.. **إن الغالبة منهم تـزدرى ولا تصدع حتى بالقوانين المطبقة (أي الأنظمة)**.. فقانون المرافعات الـشرعية مـثلاً فرض علانية الجلسات كي تكون الناس شاهدة على ما القاضي فاعل... وهذه مـن ضمانات العدالة التي لا يمتري فيها اثنان، إلا أن أي ذاهب للمحاكم يتغشاه عجب ما بعده عجب حين يراهم وقد فرضوا حجازاً بينهم وبين الناس حذَر أن يـراهم أحـد وهم ينظرون القضايا... حتى ولو لم يكن هناك ضرورة (كقضية أسرية مثلاً).. كما أنني لا أدري لماذا يحرم على طلاب قسم الفقه المقارن في المعهد الـذي يخـرج القضاة دراسة قواعد وأصول القوانين ونظرياتها علـى وجـه متعمـق ومنهجـي ومفصل، رغم ضرورات ذلك ولزومه، فدراستها توسع المدارك وتـصقل الملكـة الفقهية عبر المقارنة والموازنة بين مذاهب الشرائع وأصولها.. الأمر الذي يحـول بينهم وبين إصدار أحكام تتزاور عن قواعد الشرع والعدالة (انظر: المـدخل للفقـه الإسلامي ص 332 - سلام مذكور - عام 1961).. ولذا فإنني لا أجد في النفس جفولاً عن الجهر بالقول بأن أي قاض لا يعدّ - شرعاً - مـؤهلاً لتـولي سـلطة القضاء التي لها القول البتار في الأموال والرقاب... إذا لم يستطع - إلـى جانـب معرفته بأحكام العبادات وما ورد في القرآن والسنة والمقاصـد العامـة للـشريعة وأحكام الأحوال الشخصية من زواج وطلاق ونفقه... إلخ، أقول.. لا يعد مؤهلاً إذا لم يكن عالماً بالنظريات العامة لأحكام العقود والمسؤولية المدنيـة والجنائيـة فـي الشريعة ودارساً أيضاً للتشريعات التي أصدرها ولي الأمر كأنظمة، وذلـك عبـر دراسته نظريات القانون... كنظرية الالتزامات في القانون المدني ونظرية الجريمة في القانون الجنائي ونظريات القانون الإداري، وأصول المحاكمات المدنية والجنائية ومقارنة ذلك بنظائرها في الشريعة... لماذا؟.. لأن الأنظمة المطبقة هي عينهـا... قوانين، فضلاً عن أنها تُعد من الشريعة باعتبارها أوامر أصدرها ولي الأمر لتنظيم مصالح الناس ولا تتعارض لا مع القرآن ولا مع السنة، فالفقهاء نزعـوا إلـى أن أوامر التي بنيت على المصالح وتلاءمت مع ما تغياه الشرع من مقاصـد، تحـدث حكماً شرعياً... فهذا هو إمامنا... العظيم ابن القيم.. يقول.. إن الـشريعة أساسـها الحكم والمصالح وهي عدل ورحمة ومصالح وحكم، فكل ما دخل في هذا هو مـن

الـشريعة (انظـر: أعـلام المـوقعين لابـن القـيم الحنبلـي: ج 3 ص (122/121/120/114)، أزيد هنا وأقول إن أمر الذي بني على المصالح ولم ينْطو على معصية يحدث حكماً شرعياً ونهيه يورث حرمة شرعية، لأن الحكـم - كمـا يذهب الفقهاء - لم يحدث في الحقيقة بأمره ونهيه، بل بأمر ا تعالى (يا أيها الذين آمنوا أطيعوا ا والرسول وأولي الأمر منكم) – (انظر: المدخل الفقهي الإسـلامي للشيخ الزرقا ج 1 ص 68... وبحوث في التشريع الإسلامي، للشيخ المراغـي ص 43،. والحكم التخييري في الشريعة لسلام مذكور ص 339)... وعليه فإن دراستهم لأصول القوانين ونظرياتها ونظرهم لقضايا يطبقون فيها الأنظمـة فـي المحـاكم الشرعية لا ينـزع عن هذه المحاكم صفتها كمحاكم شرع ولا يجرد على القـضاة صفتهم كقضاة شرع).[1]

فإذا كان هذا هو واقع القضاء كما يصفه المشتغلون بميدان العدالة في المملكة العربية السعودية التي يتم فيها الافتئات بالشكل الذي أشير إليه حتى على مسائل من المفترض أنها من النظام العام الإسلامي فإن أي دعوة للقول بعد ذلك أن الإحالة إلى الشريعة بالنسبة لغيرنا أمر يمكن أن يكون مستساغا هي بالتأكيد محل نظر، ومـع ذلك ورغم هذا الواقع القضائي ورغم الحاجة إلى التقنين في ظل افتئات واضح على النظام العام الإسلامي فإن هناك من وقف في طريقه بحجة أنه يقف عثرة في طريق الاجتهاد !!!

3.4 الشريعة كقانون مطبق وعلاقتها بإشكالية التقنين:

1.3.4 عدم التقنين للشريعـة والوجه الآخـر لإشكاليـة الإحالة المطلقـة على الشريعة كقانون مطبق:

أن تطور الفقه الإسلامي في ظل الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية وتمدد رقعة الدولة الإسلامية والاحتكاك بالحضارات الجديدة وغيرها من العوامـل

---

1 ما بين مزدوجين مقال للمحامي: أحمد بن خالد الأحمد السديري - جريـدة الاقتـصادية الـسعودية العدد: 5748 بتاريخ 2009/7/7م

التي غدا بعضها متعلقا بعوامل ذاتية للحقبة التي قيل فيها الرأي الفقهـي، ومكـان الفقيه الجغرافي وبعده أو اقترابه من المناطق التي يوجد فيها من حفظ الحديث عـن الرسول ﷺ،[1] كل تلك العوامل أفرزت فقها متنوعا بقي منه على مستوى الفقه السني أربعة مذاهب حية نشطة لا زالت منتشرة.

ويمكن القول بان المذاهب الحالية على مستوى العالم الإسلامي هي أكثر من ذلك إذا ما أضفنا إليها بعض المذاهب القريبة من المذاهب الـسنية مثـل المـذهب الزيدي على سبيل المثال لا الحصر.

وإذا كان ما من شك بان حركة الفقه الإسلامي خمدت لفتـرة طويلـة إلا أن ذلك لم يمنع من بروز حركات تجديد في هذا الفقه.[2]

وقبل الخوض في مسألة التقنين لا بد من الإشارة إلى أن الفقـه الإسـلامي وعلى اختلاف مدارسه كان فقها تميز بأنه بني بناء تراكميا علـى أساسـات هـي الأخرى كانت قد بنيت بتدرج تم البناء عليه فيما بعد.

لذا فإن السؤال المطروح برأي الباحث هو هل توقف البناء؟ أم أن هناك ما هو اخطر من توقف البناء، وهي تلك المعاول التي تهدم وتحسب نفسها تحافظ على ما تم بناءه، وهي معاول هدم بدأ يشتكي منها نفس المشتغلين في الفقه ممن يحملون فكرا مستنيرا واعيا لمتطلبات العصر لا يمكن أن يقبل طرحا يمنع ذبـح الماشـية المعدة للاستهلاك بأعداد هائلة لملايين البشر بطرق الذبح الحديثة، ومـصرا علـى الطرق التقليدية خشية من أن الطريقة الأولى لن يتم فيها ذكر اسـم ا ممـا حـدا القرضاوي في كتابه الاجتهاد في الشريعة إلى القول: وهل في ذلك إشكال ؟ فأقترح وضع آلة تسجيل تردد اسم ا على مدار الساعة؟

ورجوعا إلى الوراء فيلاحظ مثلا أن عصر الرسول ﷺ كان مصدر التشريع فيه هو القرآن والسنة كما ذكر، وهنا يقال بحق حسب تصنيف مـن أرخـو للفقـه الإسلامي أن هذه هي مرحلة التشريع وما عداها فهو فقه[3] ولم يكن بـاب الاجتهـاد

---

1 القطان، تاريخ التشريع الإسلامي، ص 331- 332 وتفسيره لتشدد أبي حنيفة بالأخذ بالحديث

2 القطان، تاريخ التشريع الإسلامي، ص 402 - 422

3 السايس، نشأة الفقه الاجتهادي وأطواره، ص 26.

مغلقا بالنسبة للقضاة في حال عدم وجود النص، فإذا انتهت هذه الحقبة وأتـى دور الخلفاء الراشدين بدأت حركة فقهية برز فيها بدايات التمسك بالنص وبدايات القـول بالرأي المستند إلى المصلحة والمقصد من التشريع حتى يخيل للجاهل أن عمر بـن الخطاب رضي ا عنه تجاوز النصوص، فكان هناك تشريع بالإجماع وكان هنـاك خلاف، فلم يكن هناك إجماع في كل قضية، وهذا الإجماع أصبح فيما بعد مـصدرا لاستنباط الأحكام عند الفقهاء المسلمين، ونظرا للاختلاف الواضح بـين المـدارس الفقهية الأربعة بين مدرسة تقدم الرأي وبين مدرسة تقدم النص وبين مدرسة وازنت بين الأمرين ممثلة بمدرسة الشافعي فقد أصبح قول الصحابي مصدرا من مـصادر استنباط الأحكام وهكذا كانت حركة الفقه متطورة من حيث اختلاف أسلوب كل فقيه عن الآخر في استنباط الأحكام فاختلفت أصول كل مذهب عن أصول مذهب آخـر اللهم فيما خلا الاتفاق على مسائل أصبحت من النظام العـام الإسـلامي وهـي أن مصادر التشريع الأساسية هي القرآن والسنة والإجماع، وكانت النتيجـة إن الأئمـة الأربعة كان لهم من التلاميذ ممن اعتنوا بفقههم وبعضهم جدد فيه وطـوره[1] حتـى خالف التلميذ أستاذه في حركة تنم عن تأثر واضح للرأي الفقهي بتغير الزمان وحتى تغير المكان، وهو تغير رصد حتى في حياة بعض الأئمـة وقبل أن يفـارقوا هـذه الحياة [2] ثم على ما يبدو أن حركة الفقه الإسلامي دخلت في حالة من الركود لم تمنع كثيرين من المحدثين من القول: أن العصر الحديث شهد ويشهد حركة تجديد لهـذا الفقه.[3]

أما في الخصوص الذي عليه هذا البحث فإن أكثر ما يجعل الباحث أي باحث يتطرق إلى مسألة التقنين هو تلك الشروط التي قد توضع في أي عقد وتحيـل إلـى أحكام الشريعة الإسلامية كقانون مطبق على موضوع النـزاع المحتمـل، ذلـك أن

إذ يقول عن الاجتهاد على سبيل المثال بأنه ليس على الحقيقة تشريع سواء كان في العصر النبـوي أو في ما تلاه من عصور بل هو كشف لحكم ا في الحادثة بالنسبة للمجتهد ومن يقلده.

1 هذا ما يفهم من تتبع تاريخ الفقه الإسلامي راجع: القطان، تاريخ التشريع الإسلامي، وتطرقـه إلـى سيرة الأئمة الأربعة

2 القرضاوي، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، ص 182وكذلك، ص 116

3 تم الإشارة إلى هذا لدى مناع القطان وسبق أن أشار إليه الباحث

الأمثلة على سريان مثل هذه الشرط لم تفرز أمثلة تبشر بخير حول إمضاء رغبة كل أولئك الذين يرغبون في أن يتم تحكيم الشريعة الإسلامية في أي نزاع قد ينشب في عقود ذات صفة دولية يكون أطرافها مختلفين في الأنظمة القانونية كل حسب جنسيته.

وإذا كان لدى الفقه الإسلامي المعاصر إجابات مقنعة حول تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، والتي تحكمها اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لعام 1958م بالقول: إن هذه الاتفاقية تحترم النظام العام الداخلي لكل دولة وان القواعد المطبقة أصلا على النزاعات ذات الطابع الدولي هي في جلها مستمدة من قواعد العدالة والقانون الطبيعي وأنها لا تتعارض مع الشريعة الإسلامية [1] فإن هذا يعني بالضرورة أن لا إشكال أصلا في عدم إيراد شرط يفيد الإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية كقانون مطبق على النزاع.

ويبدو أن وجهة نظر بعض رجال القانون قد تجاوزت إلى ما هو ابعد من ذلك اقترابا من الإشكال والرضوخ إلى الواقع الذي يشير إلى أن ما يطبق على النزاعات التجارية ذات الطابع الدولي هي قوانين خاصة، وأنها ربما تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا ما يمكن استنتاجه من اقتراح البعض أن يتم التحوط لوضع شروط من الناحية الموضوعية في العقد الأساسي الذي قد يثور بشأنه نزاع يحال إلى التحكيم ويكون القانون المطبق قانونا أجنبيا بالنسبة لأولئك الذين يرغبون في عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية بحيث تدرج شروط موضوعية تضمن عدم مخالفة أحكام الشريعة أيا كان القانون المطبق على موضوع النزاع. [2]

إن الفرضية التي يمكن الوقوف أمامها وهي وضع شرط تحكيمي يقضي بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية لتكون القانون المطبق على النزاع تفرض على من يتمعن في هذا الشرط أن يتمثل موقف الطرف المقابل خاصة إذا كان طرفا أجنبيا ونظرته لمثل هذا الشرط، خصوصا أن اللجوء إلى التحكيم كان من أهم دواعيه هو الخوف الدائم من اللجوء إلى قانون ربما يكون مجهولا بالنسبة لأحد الأطراف.

---

1 سبق الإشارة إليه لدى وهبه الزحيلي في كتابه قضايا الفقه والفكر المعاصر

2 تم الإشارة إليه لدى الغتيت الهامش رقم (81)

إن بعض القضايا التحكيمية تشير بجلاء إلى أنه ورغم نجاح من يريد وضع مثل هذا الشرط في الوصول إلى غايته بإدراجه في عقود التجارة الدولية، إلا أن النزاع والتحاكم أمام هيئة تحكيم أجنبية يكشف عن مدى هشاشة مثل هذا الشرط، وأنه شرط لا قيمة له أمام مثل هذه الهيئات[1] لأن مثل هذا الشرط ربما يكون مفهوما وواضحا بالنسبة لهيئة تحكيم أو مركز تحكيم عربي أو واقع ضمن الإطار الجغرافي لامتداد الثقافة الإسلامية على رقعة تشمل دولا كثيرة، إلا أنه لدى جانب آخر من العالم هو شرط يتم التعامل معه من قبل هيئات التحكيم الأخرى وتحديدا الغربية منها على أن فيه ما فيه من الجهالة الفاحشة، لا بل ويستنتج من إهدار هذا الشرط أنه مستحيل التطبيق، فهل وجهة نظر مثل هذه الهيئات صحيحة؟

إن الإجابة بإنصاف على مثل هذه الحجج يقتضي من أي باحث أن يتمعن جيدا قبل الإجابة.....

حيث تبرز مسألة الحديث عن الفقه الإسلامي والشريعة الإسلامية وهل كل ما ورد في الفقه الإسلامي هو بالضرورة من النظام العام الإسلامي، وهل يقبل الآخر الإحالة المطلقة إلى أحكام الشريعة الإسلامية في ظل وجود فقه متنوع يعتمد عليه القضاء ليس فقط في التفسير، وإنما مصدرا للحكم بموجب قواعد وضعها الفقهاء المسلمون، وهل يستطيع أي طرف يقبل بمثل هذه الإحالة المطلقة أن يعرف بالضبط القواعد الفقهية التي يمكن أن تحكم النزاع.

إن كل ما سبق يشير إلى ضرورة وجود نظام للمعاملات مستمد من الشريعة الإسلامية بعد عمل كشف حساب مع استحقاقات العصر، كل ذلك كبداية لحلحلة إشكالية الإحالة إلى الشريعة كقانون مطبق على النزاعات الداخلية والخارجية سواء بسواء، لأن أولئك الذين يعترضون على هذه الإحالة المطلقة يبدو أن من أهم الأسباب لديهم عدم وجود تقنين وهؤلاء هم من الآخر، فإنه في المقابل وعلى ما يبدو أن من هم تحت ولاية القضاء الإسلامي بدءوا يشعرون بالضيق من عدم وجود قواعد واضحة ليحكموا بناء عليها بسبب ترك الحبل على الغارب لما يزعم أنه

---

1 تم الإشارة إليه لدى إبراهيم فضل ا .

اجتهاد[1]، إلى درجة يمكن القول معها أننا وصلنا إلى مرحلة اشتراع خارج سـلطة الدولة ؟

كل ذلك يدفع إلى التساؤل ؟ أم لأن ابن المقفع زنديق قيل ما قيل في التقنـين من منع؟ مع أنه لا يعنينا زندقته بقدر ما يعنينا أنه أول من اقترح التقنين، إذ أنـه قدم ملاحظة مفادها بسيط ومفهومها واضح ومبرراتها أوضح، إذ أنه لفـت انتبـاه الخلافة العباسية في القرن الثاني الهجري إلى: (الاختلاف في القرارات القـضائية بين ولاية وأخرى، ومن محكمة إلى أخرى، لدى معالجة قضايا متشابهه ينبغـي أن يطبق بشأنها بنزاهة معيار عدل واحد متماسك)[2] وإذا كان مالك قد رفـض دعـوة الخليفة جعفر المنصور في إعداد مدونة للالتزام بمذهبه فرفض ورعا منـه، فـإن دعوة الخليفة لم تكن إلا بناء على توجه لإصلاح النظام القضائي ولم تكن من بـاب الترف، كما أن الواقع يشير أنه على الرغم من أن أئمة الفقه جميعا كانوا يتورعون عن أن يتم الالتزام بمذهب واحد منهم دون غيره إلا أن النتيجة النهائيـة أسـفرت واقعيا عن بقاء أربع مذاهب فقهية [3] لم يعمل إلى الآن جهد حقيقي للاستفادة منها في دولة مثل المملكة العربية السعودية التي لا زال القضاء فيها وعلى ما يبدو يفـضل ممارسة اشتراع خارج سلطة الدولة بصورة يقال عنها أنها اجتهاد، وفـي صـورة افتئات على كل الأنظمة السارية في البلد والتي سنت بناء على سياسة شرعية قـرر الفقه الإسلامي نفسه أنها من أوسع الأبواب في الفقه الإسلامي.

يقول ابن فرحون:((والسياسة نوعان:سياسة ظالمة، فالشرع يحرمها. وسياسـة عادلة، تخرج الحق من الظالم، وتدفع كثيرا من المظـالم، وتـردع أهـل الفـساد، ويتوصل بها إلى المقاصد الشرعية. (فالشرعية) يجب المصير إليها والاعتماد فـي إظهار الحق عليها، وهي باب واسع تضل فيه الافهام، وتزل فيه الأقـدام، وإهمالـه يضيع الحقوق، ويعطل الحدود، ويجرئ أهل الفساد، ويعين أهل العناد، والتوسع فيه يفتح أبواب المظالم الشنيعة، ويوجب سفك الدماء وأخذ الأموال بغير الشرعية، ولهذا

---

1 برأي الباحث فإن مثل هذا القضاء لبس عباءة الاجتهاد والأخير منه براء

2 خدوري، مجيد خدوري، مفهوم العدل في الإسلام، ص 178، ط 1، 1998م، دار الحصاد، دمشق

3 خدوري، مفهوم العدل في الإسلام، ص 187.

سلكت فيه طائفة مسلك التفريط المذموم فقطعوا النظر عن هذا الباب إلا فيما قل ظنّا منهم أن تعاطي ذلك مناف للقواعد الشرعية، فسدوا من طرق الحق سبيلا واضحة، وعدلوا إلى طريق العناد الفاضحة، **لأن في إنكار السياسة الشرعية ردا لنصوص الشريعة، وتغليطا للخلفاء الراشدين رضي ا عنهم).**[1]

إن المتفحص لنصوص فقه السلف يجد أن مسألة مثل التحكيم على سبيل المثال قد ثار فيها مسألة التحوط لمعرفة القواعد التي سيقوم بتطبيقها المحكم، وهذا أمر غير مستغرب من فقه تميز بالاجتهاد والأفق الواسع ولو قيل لأحدهم إن الفقه الإسلامي قد عرف مسألة حرية المحتكمين في اختيار القواعد المطبقة لقيل إن هذا هراء.

يقول ابن فرحون ناقلا عن المازري:(لا يحكم إلا من يصح أن يولى القضاء. قال: وإذا كان المحكّم من أهل الاجتهاد مالكيا لم يخرج باجتهاده عن مذهب مالك لزم حكمه، وان خرج عن ذلك لم يلزم إذا كان الخصام بين مالكيين، لأنهما لم يحكماه على أن يخرج عن قول مالك وأصحابه، وكذلك إن كانا شافعيين أو حنفيين وحكماه على مثل ذلك لم يلزم حكمه إن حكم بينهما بغير ذلك)[2]

2.3.4 بروز الحاجة إلى التقنين في السعودية وما لقيته من معارضه ماضيا وحاضرا:

إن المثال العملي على هذا الأمر يمكن أن نجده في مشكلة كانت وما زالت مدار نقاش وحديث في دولة مثل المملكة العربية السعودية، وهي مشكلة قديمة حديثة تعود بواكير الشعور بها إلى العام 1346هـ -1927م.

على أنه ليس رغبة من الباحث في التاريخ لمثل هذه الإشكالية لذاته إلا أن معاينة الظرف الزماني ومحاولة استكشاف العلل التي سلطت الضوء على هذا الإشكال ربما تكون خير معين على فهم جذور هذه الإشكالية، هذا على الرغم من

---

1 ابن فرحون، تبصرة الحكام، جـ 2، ص 115.

2 ابن فرحون، تبصرة الحكام، جـ 1، ص 50- 51

أن الطرح لمثل هذا الموضوع في الكتابات الحديثة [1] كان يبدأ ببداية كلاسيكية عادية ويرجع إلى الوراء مئات السنين وصولا إلى ما قيل إنه أول اقتراح للتقنين اقترحه ابن المقفع على الخليفة العباسي،[2] إلا أن الباحث فضل البدء بمعاينة زمان هذا الإشكال والظروف المحيطة به في العصر الحديث.

وهنا يشير التاريخ الرسمي للمملكة العربية السعودية[3] إلى أن جريدة أم القرى في الثلث الأخير من العام 1927م قد زفت البشرى إلى كل المسلمين بميلاد مجلة الأحكام الشرعية على الراجح في كتب المذاهب الأربعة ونظرا للأهمية التاريخية فإن الباحث فضل إيراد ما جاء في جريدة أم القرى نصا في هامش هذا البحث.[4]

---

1 على سبيل المثال: أبو زيد: بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل، ط 1، 1416هـ/1996م، مؤسسة الرسالة، بيروت

وكذلك: الجرعي، عبد الرحمن الجرعي، بحث بعنوان: تقنين الأحكام الشرعية بين المانعين والمجيزين، المنشور بشكل دائم على موقع علماء الشريعة على الرابط:

http://www.olamaashareah.net/nawah.php?tid=655

2 انظر على سبيل المثال: أبو زيد، فقه النوازل، ص 17-18، المجلد 1، ط 1، 1416هـ/1996م، مؤسسة الرسالة، بيروت

3 اشر إلى العدد 141 من جريدة الدولة الرسمية في المملكة العربية السعودية الصادر في 1346/2/28هـ الموافق 1927/8/26

4 النص الكامل لما ورد في عدد جريدة أم القرى المشار إليه:- (مجلة الأحكام الشرعية. أصيب المسلمون في العصور المتأخرة بكوارث ومحن، وحاقت بهم أوصاب وأوزار، أقعدتهم عن العمل، فخارت قواهم وضاع مجدهم، وأصبحوا في أخريات الأمم، واشرفوا على السقوط في هاوية العدم، بعد أن كانوا سادات العالم يرفرف لواؤهم في مشارق الأرض ومغاربها. وقد ذهب الناس في عوامل هذا الانحطاط مذاهب شتى، فادعى الأغيار وشايعهم بعض من أعمى الله بصيرتهم من أبناء المسلمين أن منشأ هذا الانحطاط هو الإسلام نفسه بسبب أن أحكامه لا تتغير وان الجمود صفة ملازمة له. وهذه مفتريات وأكاذيب يدحضها الواقع. فان الإسلام هو سعادة الدارين وهو بطبيعته دين الترقي والإصلاح، دين علم وعمل. الم يأت الإسلام بحقوق البشر قبل أن تقوم الثورة الافرنسية بمئات السنين ؟ الم يأمر بالشورى في وقت في وقت كان العالم يئن من نير الظلم والاستبداد، الم يحض على طلب العلم والرزق في زمن كان البشر في جمود وخمول ؟ فمن الخطأ البين إلقاء تبعة هذا الانحطاط وهذا الجمود على الإسلام. وإنما المسئولية تقع على عاتق المسلمين أنفسهم الذين انحرفت أفكارهم عن فهم حقيقة الدين، فاستبدلوا بالجوهر العرض واخذوا بالقشور دون اللباب ((إن الله لا يغير ما بقوم حتى يغيروا ما بأنفسهم)).

وقد اتصل بنا بشرى نزفها إلى العالم اجمع لنفقأ حصر ما في عيون أولئك الأغيار وشـيعتهم الـذين يفترون على ا ورسوله فيعلمون حينذاك إن الإسلام هو دين علم وعمل، دين نهوض وتقدم، وهذه البشرى أن جلالة الملك حفظه ا يفكر في وضع مجلة للأحكام الشرعية يمهد إلى لجنة من خيـار علماء المسلمين الاختصاصيين استنباطها من كتب الفقه الأربعة المعتبرة وهـذه المجلـة سـتكون مشابهة لمجلة الأحكام التي كانت الحكومة العثمانية وضعتها عام 1293هـ ولكنها تختلـف عنهـا بأمور أهمها عدم التقيد حين الاستنباط بمذهب دون آخر، بل تأخذ بما تراه في صالح المسلمين مـن أقوى المذاهب حجة ودليلا من الكتاب والسنة.

حقا إن هذا الموضوع موضوع جليل جدا وتأثيره لا ينحصر فقط في التأليف بين المـذاهب الأربعـة وإرجاعها إلى أصولها وفي دحض مزاعم المفترين والذين يقولون إن الإسلام غير قابل لإيلاف كل زمان ومكان. بل انه يدحض حجج القائلين بجمود الإسلام وان المذاهب الأربعة تكاد الفوارق التـي بينها تجعلها أديانا أربعة.

وقد رأينا أن جلالة الملك أراد أن يخطو بهذا المشروع الجليل خطوات هادئة رزينـة فاصـدر أمـره الكريم إلى قضاة المحاكم الشرعية بان لا يتقيدوا في أحكامهم بمذهب دون آخر، ولو كان في هـذا العمل افتئات على حقوق ولي الأمر الذي يجب أن تكون الأحكام وفقا لمذهبـه، وطلـب مـنهم أن يسيروا طبقا لأقوى المذاهب دليلا من الكتاب والسنة على شرط عدم نقض حكم احد المذاهب بأحكام المذاهب الأخرى.

فالمحاكم الشرعية الكبرى المؤلفة من عدد من القضاة تفصل في الدعاوى على ذلك الأسـاس وإذا لـم تتفق المذاهب على حكم معين ولم تحصل أكثرية في آراء القضاة فترفع القضية المنظورة إلى هيئة المراقبة القضائية لتصدر الحكم الفصل في شانها وقرار هيئة المراقبة يعتبر مقيدا للهيئـة نفـسها، ولسائر المحاكم الأخرى في الدعاوى المقبلة جميعها. وقد وضع ترتيب شبيه بهذا كـذلك للمحـاكم الشرعية التي لا يوجد فيها إلا قاض واحد بحيث تؤمن مصالح العباد ويؤمن عدم حصول تناقض في الأحكام التي تصدرها وفقا لسائر المذاهب.

ثم إن هناك خطوة أخرى في هذا الباب نسجلها لجلالة الملك بمداد من الفخر وهي انـه رأى وعـورة العمل الذي أمام لجنة استنباط الأحكام من المذاهب أربعة مؤيدة بالدليل من الكتاب والسنة وصعوبة الوصول إلى نتيجة نهائية قبل انقضاء زمن مديد لا يجوز ترك الحالة فيه فوضى فاصدر أمره إلى هيئة المراقبة القضائية بالشروع في عملها على الطريقة الآتية:

إذا اتفقت المذاهب الأربعة على حكم من الأحكام فيكون هذا الحكم معتبرا وملزمـا لجميـع المحـاكم والقضاة، والمذاهب الأربعة هي متفقة في الأحكام الأساسية وفي كثير من الأحكام الفرعيـة، أمـا المسائل الخلافية فيشرع في تدوينها منذ اليوم وفي كل أسبوع تجتمع هيئة مراقبة القضاء مع جماـة من فطاحل العلماء وينظرون فيما يكون اجتمع لدى الهيئة من المسائل الخلافية وأوجه حكـم كـل مذهب من المذاهب فيها وينظرون في أقوى المذاهب حجة من كتاب ا وسنة رسـوله فيـصدروا

ومن هذه الوثيقة التاريخية يبدو أنه وقبل عديد من العقود كان هناك مشكلات واقعية على صعيد مسيرة التشريع الإسلامي، ويبدو أن هذه الصعوبات تجلت مـن خلال ما يصدر من أحكام عن المحاكم الشرعية آنذاك في بدايات تأسـيس المملكـة العربية السعودية التي اختارت الكتاب والسنة النبوية مرجعا، ومن الملاحظات التي يمكن رصدها من خلال هذه الوثيقة التاريخية ما يلي:

1 على ما يبدو أن هناك هجمة من قبل أطراف ما على التشريع والفقه الإسـلامي، هذا لا شك فيه من خلال تفحص هذه الوثيقة وإشاراتها الواضحة إلى أن البعض يصف المذاهب الأربعة بالديانات الأربعة، ولكن على ما يبدو أن هذا الأمر لـم يكن السبب الوحيد لمثل هذا التوجه في العزم على وضع مجلة للأحكام الشرعية وفقا للمذاهب الأربعة، لأن ما ذكر من أسباب تالية – على ما سيأتي يشير إلـى أن الأمر يتجاوز مجرد ردات الفعل.

2 إن هذه الوثيقة تشير إلى أن هناك اعترافا واضحا بنوع من الجمود في حركـة التشريع والفقه الإسلامي وان تبعات هذا الجمود تعود أسـبابها إلـى المـسلمين أنفسهم وليس إلى عوامل ذاتية تتعلق بالتشريع ككتاب وسنة وما تبعه مـن فقـه تماشى مع الواقع في كل حقبة، فأدى الفقه الإسلامي دوره في بـواكير القـرون الأولى لنشأة الدولة الإسلامية وترك تراثا فقهيا ضخما يمكـن أن تبنـى عليـه نظريات في مجال المعاملات المدنية، يشتق منها ما يستفاد منـه فـي القـوانين الخاصة، خصوصا مع وجود القواعد الكلية المستقرة في علم أصول الفقه، ولذا يلحظ من خلال ذلك كله أن التقنين وفقا للمذاهب الأربعة والترجيح بينهـا فـي المسائل الخلافية كان من المفترض أن يكون مشروعا ضـخما لتجديـد الفقـه

قرار الهيئة على إقراره والسير على مقتضاه وبهذه الوسيلة تجتمع لدى الهيئة معظم المسائل الخلافية التي هي منشأ الصعوبة في التأليف بين أحكام هذه المذاهب ويصدر القرار بشأنها ويكون هذا القرار ملزما لسائر المحاكم الشرعية والقضاة وأساسا قويا لتوحيد الأحكام وتأليفها. وإننـا لنرجـو لهـذا المشروع الجليل النجاح التام بمعونة جلالة الملك وغيره أصحاب الفضيلة القضاة والعلمـاء الـذين أصبحت هذه القضية أمانة مودوعة في أعناقهم وعليها يتوقف دحض مفتريات ناهـضي الإسـلام وشانئيه وا الموفق) انتهى.

الإسلامي **وذلك إشارة واضحة إلى أن الأمر معروض للرأي والإجماع من جديد بمشاركة فطاحل من العلماء** لم تحدد الوثيقة التاريخية جنـسياتهم بـل ذكـرت صفاتهم، ويبدو أن هناك إشارة واضحة إلى إشراك فطاحل العلماء من كل مذهب خاصة وان المذهب السائد في المملكة العربية السعودية هو المـذهب الحنبلـي، وهو يشير إلى أن فكرة الاجتهاد الجماعي قد بدأت بواكيرها لـيس فـي عقـد الستينات من القرن العشرين[1] ولكن هذه الفكرة بدأت على يد الملك عبد العزيـز رحمه ا في العشرينات من ذلك القرن. وهي فكرة تشير إلى إشراك كل علماء العالم الإسلامي من المذاهب الأربعة لإنجاز هذا المشروع الضخم.

3 تشير هذه الوثيقة التاريخية إلى أن فكرة كون أن من حق إمام المسلمين أن يلزم القاضي بمذهب معين، وان القضاء وفقا لمذهب يخالف مذهب هي فكرة كان لها مبرراتها في العصور المتأخرة وكان الهدف منها تأمين اكبر قدر من العدل الذي يؤدي إلى شعور بتساوي الجميع في المراكز القانونية عندما يلجئون إلى القضاء، وان الرقابة اللاحقة على أحكام القضاء باتت أمرا لا مفر منه، كل ذلك في إشارة واضحة إلى تكريس فصل استقلال السلطة القضائية، لذا نجد أن الوثيقة أشارت إلى سرعة البدء فورا في تدوين المسائل الخلافية بين المذاهب وإعطائها الأولوية في البحث والدراسة من خلال خارطة طريق واضحة المعالم يشارك فيها الجسم القضائي، بوضع ضوابط منها:

أولا: إصدار الأمر إلى قضاة المحاكم الشرعية بأن لا يتقيدوا في أحكامهم بمـذهب دون آخر وأن يسيروا طبقا لأقوى المذاهب دليلا من الكتاب والسنة على شرط عدم نقض حكم أحد المذاهب بأحكام المذاهب الأخرى.

ثانيا: إذا لم تتفق المذاهب على حكم معين ولم تحصل أكثرية في آراء القضاة فترفع القضية المنظورة إلى هيئة المراقبة القضائية لتصدر الحكم الفصل في شأنها وقرار

---

1 أشار القطان، تاريخ التشريع الاسلامي، ص 405، إلى اقتراح العلامة مصطفى الزرقا بإنشاء مجمع للفقه الإسلامي في العام 1384هـ والباحث يعتقد أن الملك عبد العزيز سبق تلك الدعوة بما يقارب النصف قرن بالدعوة إلى ما يشبه خلية النحل وورشة عمل فقهية متواصلة العمل وهذه هـي بـذرة البناء لفقه الاجتهاد الجماعي ولكن لم يكتب لهذه المحاولة النجاح

هيئة المراقبة يعتبر مقيدا للهيئة نفسها، ولسائر المحاكم الأخرى في الدعاوى المقبلة جميعها وذلك من أجل عدم حصول تناقض في الأحكام التي تصدرها وفقا لسائر المذاهب، ويسرى هذا الأمر بالنسبة للمحاكم المشكلة من قاض فرد.

ثالثا: تجنبا لأية فوضى في الأحكام وخشية من التناقض بينها فقد حددت مهام للرقابة اللاحقة لكون مثل هذا المشروع لا بد أن يبدأ بتدرج عقلاني يراعي مصالح الناس فيكون من مهمة هيئة الرقابة القضائية أن تجتمع أسبوعيا لتنظر فيما تجمع لديها من المسائل الخلافية وأوجه حكم كل مذهب من المذاهب فيها وينظرون في أقوى المذاهب حجة من كتاب الله وسنة رسوله فيصدروا قرار الهيئة على إقراره والسير على مقتضاه وبهذه الوسيلة تجتمع لدى الهيئة معظم المسائل الخلافية التي هي منشأ الصعوبة في التأليف بين أحكام هذه المذاهب ويصدر القرار بشأنها ويكون هذا القرار ملزما لسائر المحاكم الشرعية والقضاة وأساسا قويا لتوحيد الأحكام وتأليفها.

.... يبدو التوجه السابق علامة على استشعار مبكر إلى أن مسألة التقنين أصبحت مسألة متعلقة بتجديد الفقه الإسلامي وبداية للمضي قدما نحو فكرة الاجتهاد الجماعي ليس وفقا لمذهب بعينه ولكن وفقا للراجح في المذاهب الفقهية السنية الأربعة، ولكن يبدو أن هذه الخطوة لم يكتب لها أن تستمر ولم تسفر إلا عن جهود فردية بدافع ذاتي اقتصر على تدوين مجلة للأحكام الشرعية ولكن على المذهب الحنبلي فقط وحتى هذه الجهود الفردية لم تلق العناية التي تستحق[1] ويبدو أيضا أن

---

1 القطان، تاريخ التشريع الإسلامي، ص 421.

حيث يشير مناع القطان بالقول: تميز المغفور له الملك عبد العزيز آل سعود ببصيرة نيرة، فقد كان يتطلع إلى تأليف مجلة للأحكام الشرعية على غرار مجلة الأحكام العثمانية بصورة أفضل. ونشرت جريدة أم القرى في العدد ذي الرقم (141) من المجلد الثاني في الثامن والعشرين من شهر صفر لعام 1346هـ - الموافق 26 أغسطس عام 1927م خبرا خلاصته ما يأتي:

إن جلالة الملك - حفظه الله - يفكر في وضع مجلة للأحكام الشرعية يعهد إلى لجنة من خيار العلماء المسلمين استنباطها من كتب المذاهب الأربعة المعتبرة، مشابهة لمجلة الأحكام التي كانت الحكومة العثمانية وضعتها عام 1293هـ ولكنها لا تتقيد بمذهب دون آخر. بل تعتمد الأقوى حجة ودليلا من الكتاب والسنة. وتوطئة لذلك وجه الملك عبد العزيز قضاة المحاكم الشرعية إلى اعتماد

هذه الخطوة كما يؤرخ البعض لاقت معارضة من كبار العلماء في السعودية [1] الذين تعتبر مشورتهم مشورة لأهل الحل والعقد، وهي مشورة على نفس النسق الذي كان يقوم به الخلفاء الراشدون في استشارة كبار الفقهاء والعلماء من الصحابة [2]

المصادر الفقهية الأمهات. ويضيف القطان قائلا:ووجدت هذه الدعوة تجاوبا من أحمد بن عبـد ا القاري (1309 – 1359) أحد القضاة بمكة المكرمة فألف مجلة للأحكـام علـى مـذهب أحمـد، استخلصها من الكتب المعتمدة على المذهب وفق مباحث المعاملات. كما استخلص مجموعة القواعد الفقهيـــة مـــن كتـــاب القواعـــد لابـــن رجـــب. وتـــرك ذلـــك مخطوطـــا. وقد قيض ا لهذه المخطوطة عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، محمد إبراهيم أحمـد علـي، فقامـا بتحقيقها وترتيبها وتنسيقها، وطبعت الطبعة الأولى عام 1401هـ (1981م) مطبوعـات تهامـة، بعنـوان:كتـاب مجلـة الأحكـام الـشرعية علـى مـذهب احمـد بـن حنبـل الـشيباني. وقد حذا القاضي القاري في مجلته حذو مجلة الأحكام العدلية العثمانية مراعيا ترتيب الموضـوعات وفق ترتيب الحنابلة. مضيفا إليها كتاب الوقف، واشتملت على ألفين وثلاثمائة واثنين وثمانين مـادة في مقدمة وواحد وعشرين كتابا

1 راجع في ذلك أبو زيد، فقه النوازل، ص 25.

وهو يشير إلى ما ذكر عن شهادة بذلك لرسالة لأحد كبار علماء السعودية عبد ا بن عبد الرحمن بن بسام عنوانها (تقنين الشريعة. أضراره ومفاسده) ردا على كلمة للأستاذ سمير شما في عدد جريدة البلاد رقم 271 الصادر في 1379/6/20هـ الموافق 1959/12/21م.... على أني كباحث أعييت للوصول إلى هذه الرسالة حتى وجدت نسخة مصورة عنها على شبكة الانترنت على موقـع صـيد الفوائد المعني بنشر الكتب الإسلامية بشكل مجاني فوجدتها مطوية مكونة من إحدى عشرة صـفحة طبعت في مطابع دار الثقافة بمكة المكرمة في العام 1379هـ والملاحظ أن البسام رحمه ا عندما كتب هذه الرسالة لم يكن قاضيا في محكمة التمييز حيث رجعت إلى موقع مشكاة الإسـلامي الـذي وجدت فيه ترجمة لحياة فوجدت انه رحمه ا من مواليد العام 1346هـ - الموافق 1927م تقريبا وانه تخرج رحمه ا من الجامعة في العام 1374هـ، وأنه وان كان قد سلك في القضاء إلا انه لم يتبوأ منصب قاضي تمييز إلا في العام 1391هـ وصاحب كتاب فقه النوازل بكر بن عبد ا أبـو زيد عندما أشار للشيخ البسام على انه عضو في محكمة التمييز فذلك في وقت كتابة بحثه هـو أي بحث أبو زيد وليس في وقت كتابة رسالة البسام التي كتبها وقد بلغ من العمر فقط 33 عاما

2 مع الفارق في التشبيه والمقصود هو الآلية في الاستشارة في كل نازلة مع الأخذ بعين الاعتبـار أن فقهاء الصحابة كان دليلهم الكتاب والسنة ولم يكن الإجماع شرطا لاستنباط الحكم ودليل ذلك مـسالة تقسم الغنائم في الأراضي المفتوحة عنوة.

ورغم استنتاج البعض بالقول بما نصه...(فما الذي صرف فكر الملك عبد العزيز عن تنفيذها وهو من علمناه في همته وعزمه وفي محبته لكل ما فيه صلاح للإسلام والمسلمين، وإذا كان تركها هذه الحقبة الطويلة من الزمن – ويقصد أنه مضى أكثر من ثلاثين عاما – وهو الدائب على مصالح الأمة، أفلا يكون لنا قدوة به وبأمثاله من سلفنا الصالح فيما لو كان خيرا لسبقونا إليه والخير كله في الإتباع والشر كله في الابتداع فيما يتعلق بالشرع والدين. ولو حققنا سبب انصرافه عن هذه الفكرة لوجدنا أن تفكيره الصائب، واستشارته لأهل الغيرة من العلماء العاملين هدياه إلى أن ليس من الخير والصالح إبرازها فماتت في جوف من أذاعها).[1]

والباحث وإن كان يسلم بأن الملك عبد العزيز قد صرف نظره عن هذا المشروع الضخم فإنه لا يمكن التسليم بأنه اقتنع بان لا خير فيه (أي في التقنين)، وإنما كان ما كان من صرفه النظر عن هذا المشروع إلا بعد أن رأى أن مجموع كبار العلماء في المملكة قد رفضوه، والنزول عند رأي الأغلبية في الشورى لا يعني بالمطلق أنه غير وجهة نظره بل حتى قيل إنه (اهتدى إلى أن ليس من الخير والصالح إبرازه)، إذ لو رأى الملك ذلك لما تجددت هذه الفكرة في عهد الملك فيصل رحمه ا ، حيث يشير أحد الباحثين الرسميين إلى أن هذا المشروع طرح من قبل الملك على اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء في المملكة العربية السعودية ولم يلق القبول من قبل اللجنة[2] والملاحظ أنه كلما قيل بالتقنين فسر عدول ولي الأمر

---

1 بن بسام، عبد ا بن عبد الرحمن بن بسام، مطوية بعنوان: تقنين الشريعة – أضراره ومفاسده، 1379هـ، مطابع دار الثقافة – مكة المكرمة، 4- 5، وهي التي أشار إليها بكر بن عبد ا أبو زيد

2 راجع مقالا بعنوان " ليس من المصلحة صياغة الأحكام الشرعية في مواد قانونية " للباحث القانوني سلطان بن عثمان البصيري منشور في جريدة الرياض العدد 13471 تاريخ 2005/5/12 حيث جاء فيه:((وفي عام 1392هـ درست اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء في المملكة العربية السعودية برئاسة سماحة إبراهيم بن محمد بن إبراهيم آل مسألة: تدوين الراجح من أقوال الفقهاء في المعاملات وإلزام القضاة بالحكم به، وكان ذلك بناء على ما نقله سماحة الرئيس عن جلالة الملك فيصل رحمه ا

كانت دراسة اللجنة مستفيضة في الفقه الشرعي والقانوني، ثم رفعت اللجنة دراستها لهيئة كبار العلماء بالمملكة، وبعد دراسة الهيئة للموضوع صدر القرار الثامن لها في الدورة الثالثة التي رأسها محمد

على أنه عدم قناعة بينما هو تأجيل للفكرة لا أكثر، وذلك نزولا عند رغبة الأغلبية عند المشورة ودليل ذلك أنه لو تم الاقتناع بأن التقنين لا خير فيه وفقا للمشروع الذي طرحه الملك عبد العزيز في عشرينات القرن العشرين لما تم طرحه فيما بعد، ويبدو أن الإشكال يكمن في أن مسألة التقنين محسومة لدى جمع من علماء المملكة على أنها من المسلمات التي لا جدال فيها ولا يعتبرونها مسألة خلافية، والغريب أنه على الرغم من أن من اكبر الحجج التي سيقت لرفض الفكرة أنها تؤدي إلى إقفال باب الاجتهاد، ورغم أن الفكرة بذاتها أي فكرة التقنين هي فكرة خاضعة للاجتهاد إلا أن من يمانع يعيب على من يجتهد في هذا الأمر على اعتبار أن الخوض فيه هو بمثابة مؤامرة ودسيسة وبداية تحول للحكم بالقوانين الوضعية.[1]

الأمين الشنقيطي - وبتوقيعه وتوقيع عبد الله بن حميد وعبد العزيز بن باز وعبد الرزاق عفيفي وعبد العزيز بن صالح و سليمان العبيد و محمد الحركان وصالح بن غصون وعبد المجيد بن حسن و إبراهيم بن محمد بن إبراهيم آل وصالح اللحيدان وعبد الله بن غديان، رحم الله ميتهم ومتع حيهم على طاعته - وقد جاء في القرار : " إن التدوين المراد يفضي إلى ما لا تحمد عقباه ")

1 بن بسام، تقنين الشريعة – أضراره ومفاسده، ص4 و 10.

ورغم أن هذا الحديث هو قبل نصف قرن إلا أن من دعوا أو أيدوا التقنين في العشرية الأولى من القرن الحادي والعشرين اتهموا أيضا بنفس الاتهام ففي العام 2005 نشر عبد المحسن العبيكان مقالا بعنوان (تقنين أحكام الفقه) يقول:(الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فقد كثر الحديث في الآونة الأخيرة عن موضوع تدوين أحكام الفقه الإسلامي. وإن شئت فقل (تقنين أحكام الفقه)، وتناولتها وسائل الإعلام، وأثنى عدد كبير من الناس على هذا المشروع، وخاصة الذين عاصروا وعايشوا القضاء الشرعي. نوع: تضمن كلامهم التعدي علينا، وعلى من قال بقولنا، وحمل نياتنا ما لا تحتمل، ووصل بعضهم الحال أن جعلنا في الختام وسيلة وأداة للمستعمر الجديد لتنحية شرع الله ، وإحلال القانون الوضعي مكانه.

ولا نقول إلا سبحانك هذا بهتان عظيم، ونسأل الله لهم الهداية...) وللمزيد من الاطلاع راجع موقع عبد المحسن العبيكان على شبكة الانترنت والمقال منشور بشكل ثابت على الموقع على الرابط: al-obeikan.com/article/86

إن الباحث ليلحظ من خلال تتبع ما ثار من جدل حول مسألة تقنـين الفقـه الإسلامي نوعا من التناقض البين ففي الوقت الذي تشير فيه الوثائق التاريخية[1] إلى أن الملك عبد العزيز رحمه الله كان يرى من حيث المبدأ أن له الحـق فـي إلـزام القضاة بمذهب معين وهو أمر له ما يبرره في تاريخ القضاء في الإسـلام[2] حتـى يعرف كل من يطرق باب القضاء أي قواعد الفقه سيحكم بموجبها، إلا أننا نلحظ أنه

---

1 عدد جريدة أم القرى العدد (141) من المجلد الثاني في الثامن والعشرين من شـهر صـفر لعـام 1346هـ الموافق 26 أغسطس عام 1927م السابق الإشارة إليه حول مجلة الأحكام

2 وفي ذلك يقول عبد الرحمن الجرعي في بحثه المنشور على موقع علماء الـشريعة وهـو مبحـث منشور بشكل ثابت على الموقع بعنوان " تقنين الأحكام الشرعية بين المانعين والمجيـزين" يقـول: (التقنين في حقيقته إلزام القاضي بالقضاء بأحكام معينة لا يتجاوزها مهما خالفها اجتهاده لـو كـان مجتهداً) وقد تكلم الفقهاء الأقدمون – رحمهم الله – عن حكم مسألة هي أصل لمسألة التقنين وهي:

حكم إلزام القاضي بمذهب معين لا يقضي إلا به ولهم قولان في ذلك كما يلي:

القول الأول: لا يجوز إلزام القاضي بالحكم بمذهب معين، واشتراطه على القاضي باطل غير ملـزم. وهو قول عند المالكية، والراجح عند الشافعية وبه قال الحنابلة، وقال ابن قدامة "لا أعلم فيه خلافاً"

الأدلة: 1. قول الله تعالى "فأحكم بين الناس بالحق" [سورة ص: 26] والحق لا يتعين في مذهب وقد يظهر له الحق في غير ذلك المذهب وإذا ظهر له الحق وجب عليه العمل به. 2. الإجماع على عدم إلزام الناس بقول واحد وحملهم عليه: حيث صرح به غير واحد من السلف ومنهم شيخ الإسلام ابن تيمية في مواضع كما في مجموع الفتاوى..... 3. أنه ليس لمن ولى أمراً من أمور المسلمين منـع الناس من التعامل بما يسوغ فيه الاجتهاد، (24) ولهذا لما أستشار الرشيد مالكاً أن يحمل الناس على موطئه في مثل هذه المسائل منعه.

القول الثاني: يجوز الإلزام بالحكم بمذهب معين ويصح اشتراط الحاكم على القاضي أن يقضي به.

وإلى هذا القول ذهب الحنفية وهو قول عند المالكية وبه قال السبكي وغيره من الشافعية.

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

1. أن إلزام القاضي بمذهب معين لا يتجاوزه فيه مصلحة فإذا رأى الحاكم وجود هذه المـصلحة جاز له الإلزام. ويمكن أن يجاب عن هذا بأنه استدلال بمحل النزاع فإن المانعين من التقنين لا مصلحة عندهم في هذا الأمر.
2. أن القاضي مفوض إليه القضاء على مذهب معين فليس له أن يتجاوزه إلى غيره حتـى وإن خالفه اجتهاده لأن التولية لم تشمله. فكأن القاضي هنا بمثابة الوكيل أو النائب عن الحاكم.

أما الترجيح في هذه المسألة فسوف أتركه حتى الانتهاء من أدلة المانعين والمجيـزين للتقنـين، حتـى تتضح الأدلة كاملة، إذ أن مسألة التقنين فرع عن هذه المسألة كما ذُكر آنفا. والله أعلم) انتهى.

قيل:(إن إنزال الحكم والفتيا بهذه المواد من المجلة هو تحتيم بالتمذهب بها وهي آراء واجتهاد لعلماء قال غيرهم بخلافها حيث أن نسبة المجمع عليه فيها قليل ولا يجـب إتباع أحد مهما كان مقامه غير المشرع ﷺ)[1] هذا على الرغم من أن القـضاء فـي المملكة العربية السعودية هو قضاء مذهب وهو مذهب احمد رضي ا عنه، وهو ما لا يمكن تفسيره إلا بما جاء فيما نقل عن اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء فـي المملكة العربية السعودية في العام 1392هـ بقولها:(أن إلزام القضاة أن يحكموا بما اختير لهم مما يسمى بالقول الراجح عند من اختاره يقتضي أن يحكم القاضي بخلاف ما لا يعتقد، ولو في بعض المسائل، وهذا غير جائز).[2]

وهذا كله يطرح سؤالا كان مطروحا على الساحة السعودية ما الذي يمكن أن يعتقده قاض لم يبلغ من العمر خمسة وعشرين عاما خلافا للراجح في الفقه الإسلامي غير أنه يعتقد إن لا اعتقاد إلا ما يعتقده وفق المذهب الحنبلي على ما فيه من أقوال دون غيره من المذاهب حتى لو كان الرأي مرجوحا.

كل ذلك مع الإشارة إلى أن الكتب المعتمدة للمذهب الحنبلي تشير إلى قاعـدة مفادها (أن من قوي عنده مذهب غير إمامه) لظهور الدليل معه (أفتى به): أي بمـا ترجح عنده من مذهب غير إمامه....(قال احمد: إذا جاءت المسألة ليس فيها اثـر، أي: حديث مرفوع ولا موقوف؛ - لأن قول الصحابي عنده حجة- إذا لـم يخـالف

---

1 بن بسام، تقنين الشريعة – أضراره ومفاسده، ص 10.

طبعا والحديث في هذا المقام عن القاضي المجتهد وهو عملة نادرة حتى في زمان وهو زمان لـيس ببعيد نسبيا فكيف بالحال والحديث عما يقارب نصف قرن من الزمان يفصلنا عن كلام البسام، وهنا فقد أشار الباحث إلى أن المذهب الحنبلي لا يقول بجواز إلزام القاضي بمذهب معين على الخـلاف بينهم:(فقد ذهب الحنابلة إلى انه لا يجوز أن يقلد القضاء لواحد على أن يحكم بمذهب بعينه لقولـه تعالى، ((فاحكم بين الناس بالحق)) " (ص: آية 26) والحق لا يتعين في مذهب معين. فإن قلـده على هذا الشرط بطل الشرط وصحت الولاية وحكى ابن قدامة وجها آخر في صحة الولاية) راجع في ذلك: وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، منشورات وزارة الأوقاف الكويتية، جـ 34، ص 301، ط 1416هـ / 1995م، مطابع دار الصفوة، الكويت

2 سلطان بن عثمان البصيري. مقالا بعنوان " ليس من المصلحة صياغة الأحكام الشرعية فـي مـواد قانونية

غيره (فأفت فيها بقول الشافعي)، قال أحمد: إذا سئلت عن مسألة لم اعـرف فيهـا خبرا، قلت بقول الشافعي ؛ لأنه إمام عالم من قريش، وقد قـال ﷺ "يمـلا الأرض علما".[1]

إذن وحسب المذهب الحنبلي فإن المسألة تدور حول البحث عن الأرجح فـي زمن ربما عز فيه الدليل الشرعي فبعض أدلة الفقه تجدها عند عالم ولا تجدها عنـد آخر حتى إذا سمع بها من لم تكن عنده قرر أن اجتهاده سقط في مقابل الدليل، طبعا حسب قوة الدليل ووفقا لأصول كل مذهب في مراتب الأدلة، مما يطـرح الـسؤال، أبعد كل هذا الجمع للأدلة الشرعية ولأقوال المذاهب الفقهية حتى التي اندثرت هـل بات من حجة لترك الأمر للقاضي ليبحث في الأدلة ويتخير من المذاهب؟

كل ما أشير إليه دفع أحد كبار هيئة العلماء إلى حل بديل يتضمن الأخذ بمـا يسمى نظام السوابق القضائية باقتراحه « ضرورة سرعة تدوين الأحكام الـشرعية على القول الراجح بدليله وأن يعمم على المحاكم وإذا ظهر لأحدهم الحكم بخلاف ما هو مدون فيرفع بذلك لمجلس القضاء ».[2] غير أن هذا الحل هو برأي الباحث حـل

---

1 البهوتي، كشاف القناع، جـ 15، ص 48.

2 إن من يطالع وسائل الإعلام في المملكة العربية السعودية يصل إلى نتيجة مفادها أن الشكوى مـن تباين الأحكام أصبحت من الأمور التي تثار بشكل دوري انظر على سبيل المثال مقالا للأستاذ محمد بن عبد ا المشوح بعنوان (الحل في تدوين الأحكام) والمنشور في جريدة عكاظ السعودية العدد رقم 3119 وتاريخ 2009/12/21م والذي ينقل فيه عن عضو هيئة كبار العلماء راشد بن خنـين «بأن الكثير من القضاة لا يمكن اعتبارهم من أهل الاجتهاد والترجيح مع وجود قضايا كثيرة جـدت هذا الزمن وهي غير منصوص عليها في كتب المذاهب بالإضافة إلى وجود اختلاف الأحكام فـي كثير من المسائل المتساوية من أجل ترجيح قول على قول أو رأي في المذهب على آخر لا من أجل اختلاف وقائع القضية أو ملابساتها» بل إنه رحمه ا انتهى إلى رأي جريء جدير بالتأمـل وهـو قوله «ضرورة سرعة تدوين الأحكام الشرعية على القول الراجح بدليله وأن يعمم على المحاكم وإذا ظهر لأحدهم الحكم لأحد بخلاف ما هو مدون فيرفع بذلك لمجلس القضاء».

ويقول احد كبار العلماء في المملكة العربية السعودية وهو عبد المحسن العبيكان في تصريح لجريـدة الحياة في عددها الصادر في 2010/3/18م في تقرير أعده مراسلها في الرياض عنوانه ((هيئة كبار العلماء تجيز «التقنين»... وقصته بدأت قبل 100عام) حيث سربت فيه الجريدة على عهدتها توجها لهيئة كبار العلماء للتقنين بعد تطعيمها بعلماء من المذاهب الأخرى غير المذهب الحنبلـي ووجـود

غير عملي لأنه لن يخرج القضاء من دائرة ما قيل قبل مئات الـسنين وكـان لـه مبرراته بحيث يفسر على أنه تمذهب للمدونة.

إن الحديث عن التمذهب للمجلة باعتبارها حتى لو كان ما فيها هـو القـول الراجح والأقوى دليلا يتناقض مع ما هو الحال عليه لدى القـضاء الـسعودي مـن الناحية الواقعية، حيث يشير بعض الباحثين في الشأن القانوني والشرعي في معرض حديثهم عن منع التقنين بالقول:(أشير إلى أن ما شاع لدى كثيرين من أن القضاة في المملكة العربية السعودية كانوا في السابق ملزمين بكتابي شـرح المنتهـى وشـرح الإقناع ليس بصحيح، ويدل على هذا قرار الهيئـة القـضائية الـذي صـدر عـام 1347هـ، وقد جاء في القرار: (ج - يكون اعتماد المحاكم في سيرها على مذهب أحمد على الكتب التالية: 1- شرح المنتهى.2- شرح الإقناع، فيما اتفقـا عليـه أو انفرد به أحدهما، وما اختلف فيه فالعمل على ما في المنتهى، وإذا لم يوجد بالمحكمة الشرحان المذكوران يكون الحكم بما في شرحي الزاد أو الدليل إلى أن يحصل بهـا

علماء من نفس المذهب الحنبلي من المؤيدين للتقنين أو التدوين...... يقول العبيكان مـا نـصه:أن التقنين «يسهم في إقامة العدل المنشود في قضايا الخصوم، ويسهل مهمة القاضـي، ويريحـه مـن المشقة، وإطالة البحث في الوقت الذي يطلب منه سرعة البت في القضايا المعروضـة المتراكمـة، والتي تزداد يوماً بعد يوم، بل يعالج ما نراه من تضارب في الأحكام الصادرة في موضوع واحد في البلد الواحد، أو ربما في المحكمة الواحدة، إن لم يكن من القاضي الواحد». ونقلت عن احد المحامين وهو المحامي المشوح التدوين حلاً ناجعاً لكثير من معاناة المؤسسة القضائية اليوم، إذ المتأمل كمـا يرى في ذلك الميدان «يدرك بجلاء ووضوح ضرورة هذه المدونات المتضمنة للأحكام وفق أقـوال أهل الفقه ونوازل القضاء، وباعتقادي أن ذلك سيسهم إلى حد كبير في تقليص التـأخر فـي البـت والحكم بالقضايا. كما أنه سيؤدي إلى تضييق ما يسميه البعض بالتناقض أو الخلاف في الأحكـام، وإن غاية وحجة المطالبين بعدم تدوين الأحكام هي تلك المساحة الواسعة التي يرغبون في إيجادهـا للقضاة بالاجتهاد والبحث الفقهي، ولا شك في أن هذا متعذر في هذا الزمن الذي شغل به القضاة في كثرة القضايا والالتزامات الأسرية والاجتماعية مما يتعذر معه وجود وقت كافٍ لذلك البحث العلمي والاجتهاد الذي انقضى».

الشرحان، **وإذا لم يجد القاضي نص القضية في الشروح المذكورة طلب نصها في كتب المذهب المذكور التي هي أبسط منها وقضى بالراجح).**[1]

فإذا كان القضاء السعودي ورغم كل هذا التباين في الأحكام يقال أنه من المفترض أن يحكم وفق الراجح في المذهب الحنبلي، فقد سقطت أي حجج للقول بأننا أمام تمذهب للمجلة المفترضة إذا ما تم الحكم وفقا لمادة تم صياغتها وفقا للراجح من أربع مذاهب وليس مذهبا واحدا، ورغم أن بعض المانعين للتقنين استندوا إلى نصوص من القرآن وهو ما سيأتي إليه الباحث [2]، فإنه يجد أن بعض

---

1 سلطان بن عثمان البصيري، مقالا بعنوان " ليس من المصلحة صياغة الأحكام الشرعية في مواد قانونية

2 إن الاطلاع على الأبحاث التي صيغت في مسالة جواز أو عدم جواز التقنين منها ما هو قديم كالذي تم التعليق عليه آنفا ومنها ما هو حديث نسبيا فقد تطرق لهذا الموضوع بكر بن عبد ا أبو زيد في " فقه النوازل " الذي صدرت أول طبعة لكتابه في العام 1416هـ الموافق 1996م وعالج المسالة على أنها من مسائل النوازل وخصص مائة صفحة أو يزيد لموضوع التقنين خصص قليلا من الصفحات لمناقشة رأي المؤيدين للتقنين وخصص الباقي كله للدفاع عن فكرة رفض التقنين، ثم وفي بحث آخر صدر كتاب آخر لأحد كبار العلماء وهو عبد الرحمن بن سعد الشثري بعنوان تقنين حكم تقنين الشريعة في العام 2006م ثم قام بطبعه مرة أخرى في العام 2009 طبعة ثانية مزيدة ومنقحة في العام 2009 (الناشر مكتبة الرضوان للنشر والتوزيع مصر – البحيرة - ويوجد منه نسخة الكترونية موافقة للمطبوع على موقع الألوكة (المجلس العلمي) على شبكة الانترنت - وقد الحق الطبعة الثانية بملحق تطرق فيه إلى حكم تقنين تزويج الصغيرات وتحديد سن الزواج حيث حرص على إعطاء قوة للرأي القائل بمنع التقنين حيث حرص على أن يقدم له كبار العلماء في المملكة مشيرين إلى أنهم اطلعوا على الكتاب وأنهم يشيدون فيه وقد أشار فيه إلى احد الكبار العلماء في المملكة وهو عبد الرحمن بن ناصر البراك الذي راجع الطبعة وصححها وقدم تنبيهات لمؤلفها ذكر انه أثبتها في ثنايا الكتاب. وفي الفترة التي صدرت فيها نفس طبعة هذا الكتاب ظهر بحث للدكتور عبد الرحمن الجرعي بعنوان " تقنين الأحكام الشرعية بين المانعين والمجيزين" ورغم أن البحث لا يتعدى العشرين صفحة إلا انه بسط هذا الموضوع وقدم رؤية متوازنة لأراء المجيزين والمانعين ووضع الأمر في نصابه من حيث انه مسالة خلافية وخاص إلى ترجيح أدلة القائلين بجواز التقنين والبحث منشور على موقع علماء الشريعة على الشبكة العالمية ومن الجدير بالذكر أن الجرعي تتلمذ على يد علماء مثل مناع القطان وذلك حسب السيرة الذاتية للجرعي المنشورة على موقع علماء الشريعة http://www.olamaashareah.net وبشكل ثابت

أدلة القائلين بالمنع هو استشهاد بآراء بعض العلماء من شيوخهم وهي آراء وصلت إلى حد لا يمكن القبول به بسهولة ذلـك أن التحـريم وصـل إلـى (الـشكل) أي الاعتراض على الشكل من حيث صياغة القاعدة الشرعية بمواد مرقمة فيقول بكـر بن عبد ا أبو زيد نقلا عن شيخه محمد الأمين الشنقيطي (رحمهما ا جميعا) بما نصه:(إن هذا التدوين الذي يريدون به درء مفسدة اختلاف القضاة يستلزم مفـسدة أعظم من ذلك، لأنه خطوة إيجابية إلى الانتقال عن النظام الـشرعي إلـى النظـام الوضعي، وإيضاح ذلك أن النظام الوضعي تتركب حقيقته مـن شـيئين:أحـدهما: صورته التي هي شكله وهيئته في ترتيب مواده والحرص علـى تقريـب معانيهـا وضبطها بالأرقام، والثانية: حقيقة روحه التي هي مشابكه الهيكل والصورة كمشابكة الروح للبدن، وتلك الروح هي حكم الطاغوت فصار التدوين مشتملا على أحـدهما والواحد نصف الاثنين، ومما يظن ظنا قويا ويخشى خشية شديدة أن وضـع شـكل وصورة النظام الوضعي بالتدوين وضع حجر أساس لنفخ روح هذا الهيكل الأصلية فيه، ولا شك أن الظروف الراهنة ومخايل الظروف المـستقبلة تؤكـد أن تيـارات الإلحاد الجارفة في أقطار المعمورة الناظرة إلى الإسلام بعين الحط والازدراء يغلب على الظن ويخاف خوفا شديدا أنها بقوتها المغناطيسية الجاذبة التي جذبت غير هذه البلاد (ويقصد المملكة العربية السعودية) من نظامها الإسلامي التي توارثته عشرات القرون إلى النظام الوضعي الذي شرعه الشيطان على السنة أوليائه سـتجذب هـذه البلاد يوما ما إلى ما جذبت إليه غيرها من الأقطـار التـي فيهـا مئـات العلمـاء كمصر.....) ! انتهى

3.3.4 السجال الفقهي بين المانعين والمجيزين للتقنين ورأي الباحث فيها:

إن أكثر ما يثير الاهتمام في أراء المانعين للقول بالتقنين هو الاسـتناد إلـى نصوص القرآن الكريم[1] وقد أورد عبد الرحمن الجرعي أدلة المانعين والرد عليهـا

1 على سبيل المثال ما ذكره الشثري وأبو زيد في المرجعين المشار إليهما آنفا، وقد أشار عبد الرحمن الجرعي إلى هذه النصوص وفندها جميعا انظر الهامش السابق

بأسلوب غاية في البساطة وباختصار كبيرين دون تطويل أو إسهاب وقد أورد هـذه الأدلة والرد عليها مباشرة على النحو التالي: [1]

أولا: الآيات التي توجب الحكم بما أنزل ا ومنها قوله تعالى: **إنا أنزلنـا إليـك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك ا [النساء:105]** وقولـه تعـالى: **فَاحكُم بين الناس بِالْحق [ص:3]**

فهاتان الآيتان تأمران بالحكم بما أنزل ا وهو الحـق، والحـق لا يتعـين بالراجح من أقوال الفقهاء، لأنه راجح في نظر واضعيه دون سـواهم فـلا يـصح الالتزام به ولا اشتراطه على القضاة عند توليتهم ولا بعدها، ومن الآيات كذلك قوله تعالى: **'وما اختلفتم فيه من شيء فحكمه إلـى ا [الـشورى:10]** وقولـه تعالى: **فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى ا والرسول [النـساء:59]** ووجـه الاستدلال بهاتين الآيتين: أن الواجب هو الرجوع إلى حكم ا ورسوله، ولا يتعـين حكم ا ورسوله في مذهب معين أو رأي معين ولا في قول مرجح والحكم بالرأي الراجح حكم بغير ما يعتقد القاضي أنه حكم ا ورسوله فهو حرام ويلزم منه منـع الإلزام بالتقنين.

يقول الجرعي: ويمكن أن يجاب عن الاستدلال بالآيات السابقة أنهـا عامـة، وليست في موضوع الإلزام، ويصعب القول بأن ما يختاره العلمـاء مـن الأقـوال الراجحة هو خلاف الحق، أو أننا إذا رجعنا إلى قولهم فإننا نرجع إلى غير كتاب ا وسنة رسوله –صلى ا عليه وسلم- فمن أين أخذ هؤلاء إذن؟

على أنني كباحث أرى أن الأمر بـات مـن قبيـل المـساجلات الكلاميـة والاستشهاد بما ليس موضعا للاستشهاد وما دام الأمر كذلك فأضيف إلى مـا قالـه الجرعي أمرا آخر كنت قد ألمحت إليه آنفا، فإذا كان الإلزام بالقول الـراجح أمـرا مرفوضا فهل الراجح في مذهب معين هو مذهب القاضي هو بذاتـه دون غيـره " القول الراجح" ؟ ثم إن الأمر يتعدى إلى مسألة هامة وهي أن القاعدة الفقهية التـي يمكن بناء الحكم على أساسها، يجب أن تكون في الممارسة القضائية تماما كالقاعدة القانونية من حيث صفة العموم والتجريد، وهذه الصفة تعني بمفهوم اشمل أن تطبق

1 التالي هو من بحث عبد الرحمن الجرعي المشار إليه مع تعليق للباحث عليه

على كل واقعة مشابهة، لأنه لا يضمن أن يقوم القاضي بتطبيق قاعدة مستندة إلى رأي فقهي حتى داخل المذهب الواحد ويقوم آخر بتطبيق رأي فقهي آخر راجح أو مرجوح وفقا لمذهب واحد على واقعة مشابهة، ثم بعد ذلك يقال:إن هذا ما يعتقد القاضي أنه الحق، فإذا كان كلا الرأيين راجحه ومرجوحه يصلحان للتطبيق، فإن من حق المتقاضين أن يعلموا أي الرأيين يمكن أن يحكم به في قادم الأيام، وهو الأمر الذي يصطدم برأي القائلين بعدم ضرورة معرفة الخصوم بما يمكن أن يحكم به القاضي

ثانيا: وأما " قوله صلى ا عليه وسلم: " القضاة ثلاثة: واحد في الجنة واثنان في النار, فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقضى به، ورجل عرف الحق وجار في الحكم فهو في النار، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار "

ووجه الاستدلال به: أن الحكم المانع من الإثم هو الذي يرى القاضي أنه الحق والرأي الراجح المدون ليس بالضرورة هو رأي الحق في نظر القاضي فإن قضى بخلاف ما عرف أنه الحق أثم ويلزم منه منع الإلزام بالتقنين.

يقول الجرعي: و يجاب عن هذا الاستدلال بما أجيب به عن الاستدلال السابق.

ثالثا: الإجماع على عدم إلزام الناس بقول واحد وحملهم عليه. كما نُقل عن شيخ الإسلام ابن تيمية وغيره.

ويجاب عنه: بأن هذا الإجماع غير مسلّم، لأنه قد وجد من العلماء من قال بخلافه، ثم إن القول بالمنع من الإلزام بقول واحد قول صحيح لو كان جميع القضاة من المجتهدين، أما وقد علمنا أن العدد المطلوب تعيينه من القضاة للفصل بين خصومات الناس يلزم تعيين من لم يصل إلى مرتبة الاجتهاد – وهم كثير – فيصح تعيينهم وهو جائز للضرورة أو الحاجة، وبالتالي فإن إلزامهم بقول واحد في هذه الحالة أمر سائغ.

وأضيف إلى ما قاله الجرعي أن الإجماع الذي قيل فيه هو من وجهة نظر الممانعين للتقنين مفاده إجماع أهل مذهب معين، وهذا هو بيت القصيد.

رابعا: أن تدوين القول الراجح والإلزام به مخالف لما جرى عليه العمل في عهـد النبي ﷺ وخلفاءه الراشدين ومن بعدهم من السلف الصالح، وعرضت هذه الفكـرة من قبل إلى جعفر المنصور على مالك فردها وبين فسادها ولا خيـر فـي شـيء أعتبر في عهد السلف من المحدثات.

يقول الجرعي: يمكن أن يجاب عن هذا: أن عدم وجود هذه الفكرة عند السلف لا يعني منعها، فلعل دواعيها لم توجد، ورأي مالك رحمه ا قد خالفه فيه غيـره، ولو لم يخالفه غيره ليس قوله بمجردة حجه.

وأضيف إلى قول الجرعي: إن معطيات الرأي الذي قال به مالك تشير إلى ورعه رضي ا عنه، إذ لا يعقل أن يوافق فقيه في مقامه على إلزام النـاس فقـط برأيه، ولو كانت هناك إمكانية للاجتهاد الجماعي في عصره لتغيـر الوضـع إلـى الاتجاه المقابل، ثم إن عصره وما تلاه من عصور لم يشهد جمع كل الحديث المأثور عن الرسول ﷺ، بينما نحن في عصر اليوم لدينا ثروة كـل هـؤلاء الفقهـاء التـي نستطيع البناء عليها بشكل لم يكن متاحا فيما مضى

خامسا:أن الصياغة للأحكام الفقهية بأسلوب معين سواء كان من قبـل أفـراد أو لجان فإنها ستتأثر ببشريتهم، ونسبتها إلى حكم ا ليست دقيقة، بينمـا صـياغة نصوص الشرع ربانية معجزة و يمكن نسبتها إلى ا فيقال أحكام ا تعالى.

ويجيب عن هذا بالقول:بأن التقنين مثله مثل الفقه فهو لا يخرج عن صـياغة فقهيه لا أكثر، وما بقي من ترتيب، ووضع أرقام متسلسلة فهو أمر شـكلي يـسهل الرجوع للأحكام ولا يؤثر في مضمونها.

سادسا: التقنين لا يرفع الخلاف في الآراء، وهو من أهم مبررات التقنين، وهذا ما أثبتته تجربة الدول التي دونت الأحكام المعمول بها، حيث يختلف القضاة في تفسير النصوص.

ويجاب عنه: بالتسليم بما ذكروه، لكن التقنين يحد مـن الاخـتلاف، وإن لـم يرفعه، وهذا هو المطلوب.

سابعا: أثر التقنين على حركة الفقه عامة، وعلى القضاة خاصة، حيث يؤدي إلى تعطيل الثروة الفقهية، لأن عمل القضاة سيرتبط بهذه القوانين شرحا وتفسيرا مما يعطل التعامل مع كتب الفقه، ويحجر على القضاة، ويوقف حركة الاجتهاد، والنشاط الفكري، لتلبية مطالب الحياة المتغيرة، ومواجهة الأنظمة والأعراف والمعاملات المتجددة.

ومضى الجرعي في الإجابة عن هذا بالقول: بأن التقنين ليس فيه حجر كبير على القضاة لأن تدوين الفقه لا يمنع الاجتهاد، والحياة تولّد من المستجدات مما يعطي القاضي المجتهد مجالا واسعا في تبني أحكام جديدة لها، ويكفيه أن يجتهد في ملابسات القضية المعروضة عليه، ويعينه على الاجتهاد في القضايا الأخرى اللجان المختصة لوضع القوانين، كما أن للأحكام المقننة مذكرات إيضاحية وشروح ولا يستغني واضعو هذه المذكرات والشروح عن كتب الفقه.

وأضيف إلى ما قاله الجرعي في هذا الخصوص بالقول: إن مجلة الأحكام العدلية العثمانية وأخيرا نصوص القانون المدني النموذجي المشتق منها نص على الاجتهاد ولم يحدد مذهبا معينا للاجتهاد وفقا له، كل ذلك بعد أن أورد عبارة أنه لا اجتهاد في مورد النص، وأن الاجتهاد في حال عدم وجود النص يكون وفقا للفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر توافقا مع التقنين، وهو أمر له ما يبرره في بعض الأحيان كون القانون المدني الأردني على سبيل المثال تطرق إلى العقود الفاسدة والتي يمكن تصحيحها بينما العقد الفاسد لدى جمهور الفقهاء مرادف للعقد الباطل، وبالتالي لا يمكن الاجتهاد في مسألة كهذه إلا بالوضع في الاعتبار أن العقد الفاسد محل اعتبار، مما يطرح التساؤل عن كيفية تقنين الفقه الإسلامي لو اعتمد الراجح في الفقه الإسلامي بدلا من تقنينه وفقا للراجح في مذهب معين كما في مجلة الأحكام العدلية العثمانية، التي هي برأي بعض المذاهب الأخرى بداية الفشل وبداية التحول إلى النظام الوضعي، وهو أي هذا الرأي الأخير ربما يشير إلى القوانين الخاصة التي تعقل في كثير من الأحيان القوانين العامة، وهو حجة يمكن ردها بالقول إن البداية التدريجية في سن تقنينات المعاملات المدنية هي حجر الزاوية لتكوين فكر صالح لبناء التقنينات الخاصة، وهي مهمة فقهية قضائية بالدرجة الأولى

لا يمكن الولوج إليها بالاعتماد على كتب معينة بعينها ومن مذهب واحد وصد كـل الأبواب باتجاه التقنين.

وأخيرا يمكن القول إن الحديث حتى عن تدوين أحكام منتقاة مـن الأحكـام الصادرة عن القضاء العام في السعودية تأخر بعد إقراره والتوجيه بالبدء به كأحـد الحلول الوسطى حيث اقر في العام 1395هـ - 1975م [1] ومع ذلك لم تـصدر أول مدونة لهذه الأحكام إلا بعد ذلك التاريخ باثنين وثلاثين سنة وفقا للتقـويم الهجـري، ورغم ما قيل من أن هذه المدونة ستقوم بخدمة الفقه الإسلامي[2] إلا أن الحديث عـن تلك الأحكام المنتقاة والتي يرى الباحث أن إيكال أمر جمعها ليس من مهـام وزارة العدل فقط بل هو مهمة جميع من يهتم بالشأن القضائي، إلا أن الأمر برمتـه يثيـر أسئلة حول نوعية القضايا المنشورة في ظل وجـود سـبعين لجنـة إداريـة ذات اختصاص قضائي، فماذا بقي لينشر من أحكام صادرة عن القضاء العام في المملكة العربية السعودية غير قضايا الوقف والوصية والقضايا العقارية وقضايا التعزيرات

---

1 تضمنت المادة (89) من نظام القضاء القديم الصادر بالمرسـوم الملكـي رقـم (م/64) وتـاريخ 1395/7/14هـ الموافق 1975/7/26م تشكيل إدارة بوزارة العدل يكـون مـن مهامهـا إعـداد مجموعات الأحكام المختارة للنـشر ثـم جـاء قـرار مجلـس الـوزراء رقـم (126) وتـاريخ 1423/6/17هـ الموافق 2002/8/26م القاضي بان تقوم وزارة العدل بنـشر الأحكـام النهائيـة المختارة عن المحاكم بعد تصنيفها وحذف الأسماء منها ثم اصدر وزير العدل قراره رقـم 10964 وتاريخ 1426/11/15هـ بتشكيل لجنة علمية دائمة من ثلاث قضاة من ذوي الخبـرة والاهتمـام تتولى القيام بالمهام العلمية التي تتطلبها مختلف مراحل التدوين والنشر من مراجعة الأحكام وفرزها وإعدادها للنشر هذا ما تم ذكره في الإصدار الأول من المدونة 1428هـ - 2007م على الـصفحة 12 بخصوص آلية الإصدار – راجع مدونة الأحكام القضائية الإصدار الأول 1428هـ - 2007م وهو متوفر على موقع وزارة العدل السعودية على الانترنت

2 تصريح وزير العدل السعودي المنشور في الإصدار الأول من مدونة الأحكام القضائية على الصفحة 10

في مجال العقوبات، خصوصا أن نظام القضاء الجديد لم يفعل بعد بسبب عوائق يبدو أن حلها لن يكون سهلا على ما أشار الباحث آنفا.[1]

ثم إن من الأسئلة المطروحة أيضا هل هذه المدونة للأحكام القضائية تعني توجها إلى الأخذ بنظام السوابق القضائية؟

الحقيقة أن من الصعب القول بهذا الأمر خصوصا أن القضايا المنشورة هي قضايا كلاسيكية يفترض أن القواعد المطبقة بشأنها هي قواعد مستقرة، ومع ذلك لم يسلم القضاء السعودي من الانتقاد بخصوص اختلاف الأحكام في الواقعة الواحدة، والتي من المفترض أنه ليس من بينها القضايا التجارية المنوطة استثناء بدوائر

---

1 يقول العبيكان في معرض تطرقه لنظام القضاء الجديد الذي نص على إيجاد محاكم تجارية وقبل صدور النظام وكان حديثه في العام 2005م لجريدة الرياض السعودية حيث يجيب على سؤال محرر الصحيفة

(هل ترى أن بعض القضاة يحتاجون إلى إعادة تأهيل؟ فيقول:(هذا ما نص عليه التنظيم الجديد، فسيكون هناك ضوابط لتعيين القضاة. إذ أن النظام الموجود هو أن الطالب يتخرج من كلية الشريعة وهو قد قرأ الروض المربع، وبعض الكتب الفقهية القديمة، ولم يكن عنده العلم التام والتجربة ثم يعين في الحال قاض أما في محكمة كبرى يحكم فيها بالقصاص، ويحكم فيها بمئات الملايين في الحال.. وقاض يعين في قرية لا يحكم إلا في مبالغ قليلة جديدة، فهذا ليس من العدل ولا من التنظيم الصحيح، والآن سوف يكون هناك تدرج للقاضي، بحيث لا يصل إلى درجة إلا بعد إتقانه الدرجة الأولى، ولا يعين في محكمة كبرى إلا بعد أن يمر بمراحل.. وقبل هذا كله لابد أن يعد إعدادا كاملاً في المعهد العالي للقضاء بعد إعادة النظر في المعهد العالي للقضاء حسب التنظيمات الجديدة بحيث يتم إعادة ترتيبه بشكل يمنحه القوة الفعالة ..وسيكون هناك دورات وتأهيل للقضاة بحيث يؤهل قاض المحكمة التجارية بأن يدرس الأنظمة التجارية العالمية، ولا يتم تعيينه في المحكمة التجارية إلا بعد أن يتقن ويفهم هذه الأنظمة، وقس على ذلك المحكمة المرورية والمحكمة العمالية ..فلابد أن يمر القاضي بمراحل قبل أن يعين في القضاء ويكون عنده التجربة والمعرفة التامة ثم يعين في محكمة ابتدائية مثل المحكمة الانهائية، ثم يندرج بعد ثبوت صلاحيته ونجاحه في عمله حتى ينقل إلى ما هو أعلى، أما أن يوضع في القمة في الحال قد ينجح وقد لا ينجح هذه مشكلة يعاني منها القضاء) راجع النص الكامل لحديث العبيكان في عدد جريدة الرياض رقم 13459 وتاريخ 2005/4/29م

تجارية موجود في ديوان المظالم [1] الذي هو الآخر صدرت له مجموعة من الأحكام لفترة زمنية محدودة ثم انقطع صدورها إلى أن بوشر بالنشر لأحكامه في العام 1430هـ.

ويبدو واضحا أن المدونة وما فيها من أحكام نهائية منشورة لا تشير إلى أن القضاء ملزم بالقواعد التي حكم بناء على عليها في مثل هذه الأحكام، وبالتالي يغدو الزعم بان نشر مثل هذه الأحكام ووصفها بأنها ستثري الفقه الإسلامي امراً مبالغا فيه.

الخلاصة:

إن أول من تضرر من عدم التقنين هو القضاء نفسه، ومن ثم على الصعيد الداخلي كانت أضرار المجتمع أكبر من ذلك، وحتى بعد صدور نظام القضاء الجديد في العام 1428هـ في المملكة العربية السعودية، فيبدو أن هناك صعوبات للتحول إلى هذا النظام من الناحية الواقعية وذلك في ظل توزع الاختصاص القضائي وتبعثره بين عدد كبير من اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي، وهي لجان ما تم إنشائها إلا لمواجهة الجمود الذي أصاب حركة التقنين، والتي انعكست بدورها على واقع القضاء السعودي الذي تضرر بأطروحة لم يعد لها مكان في واقع اليوم، نادى وينادي بها ثلة غير بسيطة من علماء الشريعة في المملكة العربية السعودية مفادها (أنه لا يشترط في أن يعلم المتخاصمون بماذا يمكن أن يحكم القاضي) بحجة أن الناس كانت تأتي إلى الرسول والى القضاة في عصر الرسول دون أن تعرف ما هي القواعد الموضوعية التي يمكن الحكم بناء عليها سوى أن هناك حقيقة واحدة بادية أمام هؤلاء مفادها أن الحكم سيكون وفقا لكتاب ا وسنة نبيه ﷺ.

كل ذلك أدى إلى سن أنظمة خاصة، وإيكال أمر تطبيقها إلى لجان إدارية ذات اختصاص قضائي 1 بعيده كل البعد عن مفهوم أن من حق الناس اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي، فأصبحت جل المنازعات من اختصاص هذه اللجان.

1 وهو جهة قضاء إداري وهو القضاء الذي أنيط به استثناءا أيضا النظر في قضايا الرشوة والتزوير وتنفيذ الأحكام الأجنبية ويلاحظ أن جرائم مثل التزوير والرشوة قد قننت وفقا للمنهج الحديث في تعريف الجريمة وأركانها

إن الحديث عن الإحالة المطلقة لأحكام الشريعة الإسلامية في ظل العقلية التي ترى أن ليس من حق الخصوم أن يعرفوا بماذا يمكن أن يحكموا، ورفض تام للتقنين سواء وفق مذهب معين أو وفق الراجح من المذاهب الأربعة، يجعل من هذا الشرط وبحق شرطا مثيرا للشك من قبل أي طرف أجنبي[2]، ثم إنه مدخل للقول إنه شـرط يكتنفه كثير من الغموض، وهو غموض لا يقبل به منطق التحكـيم المعاصـر ولا آلياته ولا الأهداف التي بسببها ازدهر ومن بينها الخشية إلى الاحتكام إلـى قـانون مجهول بالنسبة لبعض الأطراف، وازعم أن الأمر وان كان إشكالا تتميز به المسيرة العدلية في المملكة العربية السعودية، إلا أنه إشكال اثر ويؤثر في مجـال التحكـيم التجاري الدولي والداخلي .

لذا ففي ظل هذا الواقع يغدو نص المادة 39 من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي جزءا من هذا الإشكال وهي التي تنص على:

---

1 يقول احد الأكاديميين السعوديين: من المهم معرفته أن اللجان الإدارية ذات الاختـصاص القـضائي تتخبط بين الجهات والمؤسسات الحكومية التي ليس لها غطاء قانوني وقضائي يحمي قراراتها ممـا أدى إلى تقليل صدقيتها وقد زاد عدد هذه اللجان على 70 لجنة مبعثـرة فـي أجهـزة ومؤسـسات حكومية عدة، وهي تمارس أعمالاً قضائية محضة مع تشكيلها ومرجعيتها الإدارية، وهو ما يعتبـر تعدياً واضحاً على استقلال القضاء ومبدأ الفصل بين السلطات وأضاف إن معظـم أنظمـة الـدول الصناعية تستحدث لجاناً أولية لفض المنازعات التجارية والطبية لتسريع الإجراءات، ولكن جميـع تلك القرارات لا تملك الصفة القضائية كما في الولايات المتحدة الأميركية، ولا يمنع ذلـك الـصفة الإلزامية لتلك القرارات. - محاضرة للدكتور عيسى بن عبد الرحمن العيسى أمـام معهـد الإدارة العامة بالرياض بعنوان " اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي... «نقمة» أحيانـاً " نـشرت مقتطفات منها في عدد جريد الحياة بتاريخ 2010/6/3م (طبعة السعودية)

2 يقول عبد المحسن العبيكان: (أما في المضمون والمسمى: فمرادنا هو أن نصوغ هذا الفقـه وهـذه الأحكام الفقهية -صياغة واضحة- على شكل مواد مبسطة مختصرة، يفهمها الناس في تعـاملاتهم، ويعرفون ما يحكم به القضاة، ويعرف القضاة ما يحكمون به، ويعرف الذين يأتوننا من خارج البلاد أن هذه أحكامنا، ويستطيعون أن يعرفوا مالهم وما عليهم من الحقوق والواجبات) راجـع المقـال السابق الإشارة إلية على موقع العبيكان على شبكة الانترنت بعنوان:تقنين أحكام الفقه)

(يصدر المحكمون قراراتهم غير مقيدين بالإجراءات النظامية عدا ما نص عليه في نظام التحكيم ولائحته التنفيذية. وتكون قراراتهم بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية) خصوصا مع وجود الطابع القضائي لحكم التحكـيم وخـضوعه لدرجات التقاضي.

إن المحاولات المتتالية لتقنين الفقه الإسلامي وعدم نجاح أي محاولـة منهـا داخل المملكة العربية السعودية [1] قد أدى إلى خسارة كبيرة علـى مـستوى العـالم الإسلامي برمته ذلك أن جميع الإمكانات متوفرة لدى المملكة أكثر من أي بلد آخـر للمضي قدما في هذا المشروع الذي سيستفيد منه الفقه الإسلامي والقانوني في العالم اجمع، ويبدو أن تجاذبات مثل هذا الموضوع ووجود أصوات من قبل بعض علمـاء آخرين داخل المملكة قد أدت إلى التفكير جديا في ضخ دماء جديدة إلى هيئة كبـار العلماء[2] في المملكة العربية السعودية وكان ذلك في مطلع العام 1430هـ - 2009م

---

1 هذا على الرغم من أنها أي المملكة قد صدر من على أرضها قرار مجمع الفقه الإسلامي رقـم 2 وفي دورته الأولى المنعقدة بمكة المكرمة في صفر من العام 1405هـ حيث جاء في قراره ما يلي: (رصد التقنينات الشرعية الإسلامية ومشروعات تدوين أحكام الشريعة الإسـلامية فـي أي بلـد إسلامي وجمعهـا بغيـة تقنـين الـشريعة وتـدوينها فـي مـواد يـسهل الرجـوع إليهـا. تحديد أولويات البحث والدراسة في الموضوعات التالية: 1. نظـم تـدريس الفقـه الإسـلامي ومناهجه. 2. الاجتهاد في المجتمع الإسلامي المعاصر. 3. النظم القضائية والعدلية في الإسلام. 4. الشركات التجارية الحديثة واهتماماتها.)

2 في 1391/7/8هـ صدر المرسوم الملكي رقم(أ/137) بتشكيل هيئة كبار العلماء، ويتضمن المرسوم تكوين الهيئة من عدد من كبار المختصين في الشريعة الإسلامية من السعوديين، ويجري اختيـارهم بأمر ملكي، ويجوز عند الاقتضاء وبأمر ملكي إلحاق أعضاء بالهيئة من غير السعوديين ممن تتوفر فيهم الشروط وتتولى الهيئة إبداء الرأي فيما يحال إليها من ولي الأمر من أجل بحثه، وتكوين الرأي المستند إلى الأدلة الشرعية فيه، كما تقوم بالتوصية في القضايا الدينية المتعلقة بتقرير أحكام عامة؛ ليسترشد بها ولي الأمر، وذلك بناء على بحوث يجرى تهيئتها وإعدادها طبقاً لما نص عليه الأمـر المشار إليه، واللائحة المرافقة له.

يتفرع عن الهيئة لجنة دائمة متفرغة اختير أعضاؤها من بين أعضاء الهيئة بأمر ملكي، وتكون مهمتها إعداد البحوث وتهيئتها للمناقشة من قبل الهيئة، وإصدار الفتاوى في الشؤون الفردية، وذلك بالإجابة عن أسئلة المستفتين في شؤون العقائد والعبادات والمعاملات الشخصية، وتسمى (اللجنـة الدائمـة للبحوث والفتوى) ويلحق بها عدد من الباحثين. وقد نص المرسوم أن يعـين بقـرار مـن مجلـس

بحيث تم ضم علماء من أصحاب المذاهب السنية الأخرى إلى هـذه الهيئـة كـان مسبوقا بقرار من مجلس الوزراء قبل ذلك بعام ويزيد على إقرار مـشروع ضـخم لتطوير القضاء [1] أطلقت المرحلة الأولى منه في بدايات العام 1431هـ ـ الموافـق 2010م.[2]

الوزراء أمين عام للهيئة يتولى الإشراف على جهاز الأمانة، ويكون الصلة بينهـا وبـين رئاسـة البحوث العلمية والإفتاء، وكـان الأمـر الملكـي الـصادر بتـاريخ 1430/2/19هـ ـ الموافـق 2009/2/14هـ قد قضى بإدخال هذه التعديلات

يقول احد كبار العلماء في هذه الهيئة وهو عبد ا بن منيع اثر هذا التعـديل: (إن التعـديل ادخـل مجموعة من ذوي الفكر الشرعي وذوي الأفق الفقهي الواسع، مما يطرح الأمل في أن يكون لهيئـة كبار العلماء مواقف أكثر إيجابية فيما يتعلق بأمور هذه البلاد خاصة وبالشعور نحو آلام المـسلمين عامة تجسيدا لقوله تعالى "إنما المؤمنون إخوة" ولقول رسول ا صلى ا عليه وسلم "مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم كمثل الجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سـائر الجـسد بالـسهر والحمى".) المصدر - جريدة الوطن السعودية رقم العدد (3062) وتاريخ 2009/2/16م

1 تم إقرار مشروع تطوير القضاء من قبل مجلس الوزراء بتـاريخ الاثنـين 19 /1428/9 الموافـق 2007/10/1م وسمي المشروع باسم مشروع الملك عبد ا بن عبد العزيز لتطوير مرفق القضاء)

2 ويشير الباحث إلى أن البعض من الأكاديميين السعوديين لا يجد حرجا من أن يقـول:(إن تطـوير القضاء الآن أصبح أمراً مطلوباً ومرغوباً في هذه المرحلة التي ارتبطت فيها المملكة كثيراً مع العالم الخارجي وأصبح القضاء مصدراً للشكوى بدل أن يكون مكاناً للنزاهـة والـشفافية، وان مـشروع تطوير القضاء السعودي في هذا الإطار ـ ـ وليس بعيداً عنه ـ ـ أي أن مشروع الملـك عبـد ا لتطوير القضاء السعودي هو مشروع لا يستهدف تطوير القضاء السعودي محلياً، وإنما هو إعـادة هندسة للقضاء السعودي محلياً ودولياً، ولا سيما أن المصالح مع العالم الخـارجي بـدأت تتكثـف وتتشعب وبدأت المنظمات الحقوقية الدولية تعيب على النظام السعودي القضائي أنه نظام إقصائي لا يعالج القضايا مع الخارج بميزان العدل والشفافية) راجع ما نقل سابقا في مقال للدكتور أمين ساعاتي – منشور في جريـدة الاقتـصادية الـسعودية العـدد: 5865 1430/11/13هـ ـ الموافـق: 2009/11/1م –

على أن مثل هذا المشروع وأن لقي ترحابا كبيرا إلا أن ذلك لم يمنع من القول انـه بالنـسبة لـبعض جوانبه هناك خشية من أن تتفرد بعض الآراء في صياغته انظر مقالا للباحث في عدد جريدة الوطن السعودية رقم 3075 وتاريخ 2009/3/1م بعنوان (تطوير "العدل" يقتضي منهجاً وصفياً اسـتقرائياً وتحليلياً) وركز الباحث على أن تحديد المشكلات وبالتالي الحلول يجب أن يتبع فيها المنهج العلمي حيث جاء في هذا المقال:(......... فقد أشير إلى اتباع عدد من الخطوات اللازمـة لتطـوير هـذا

إن في عدم التقنين والبدء فيه لا يعني إهمال القضايا المستجدة التي أصبحت جزءا من النظام القانوني العالمي، فلو تم البدء بالتقنين لكان للفقه الإسلامي الحديث رأيه في مسائل هامة وعلى رأسها مسألة التعويض عن الضرر المعنوي أو الأدبـي وهي مسألة يبدو أن القضاء في المملكة العربية السعودية لا يعترف بها، متـسائلين كيف يقبل المسلمون التعويض في قضايا عن الضرر الأدبي الذي يلحق بهم في بلاد الغرب ولا يجيزونه في بلادهم

وأخيرا يمكن القول: أن منع التقنين ضمن المشروع القديم هو في حد ذاته سد لباب الاجتهاد ذلك أن فيه هروبا حقيقيا عن مواجهة الواقع.

المرفق (واقصد مرفق القضاء) حيث تتمثل تلك الخطوات في: الإعـداد والتحـضير، تـشخيص الوضع الراهن، المقارنات المرجعية، رسم السيناريوهات المـستقبلية، وضـع الأهـداف وتحديـد الفجوات، وضع الخيارات الإستراتيجية، تحديد البرامج والمشروعات والمبادرات، صياغة الخطـة التنفيذية.

وأجد نفسي مضطرا إلى البدء من آخر خطوة لأشير بوضوح إلى أن الخطوات من الأولى إلى الثامنة هي الأساس للخطوة الأخيرة، وإلا كانت مسألة التطوير برمتها عبارة عن جهد ضائع، ولا أعتقد أن أحدا من القريبين من الشأن القضائي أو البعيدين عنه يريد أفكارا وأحكاما مسبقة، أو وجهـة نظـر واحدة يتم الإصرار عليها مقدما بقصد مصمم عليه سلفا، حتى إذا قيل إن هناك مبادرات، كان هناك من يضع في أدراجه المبادرة الخاصة به، فإذا جاءت المبادرات الأخرى والجهود الأخرى قيل عن مبادرته إنها الجامعة لكل المبادرات المانعة لغيرها من عشرات المبادرات)

الفصل الخامس

حكم التحكيم. طبيعته، حجيته، وطرق مراجعة حكم التحكيم

1.5 طبيعة حكم التحكيم في الشريعة والفقه الإسلامي ونظام التحكيم السعودي:

1.1.5 كيفية التعامل مع الاجتهادات القديمة وفقا لمعطيات العصر

وفقا لمنهج هذا البحث فإن التأصيل لطبيعة حكم التحكيم أو الحكـم الـصادر عن المحكم لا بد فيه من الإشارة إلى الوقائع التحكيمية في صدر الدولة الإسلامية، والحديث هنا ليس حديثا عن تراث بقدر ما أن الأمر يتعلق بطبيعة أحكـام التحكـيم تلك والنظر إلى أهم عنصر فيها وهو الإلزام.

فالمتتبع للوقائع التحكيمية في بداية نشوء الدولة الإسلامية يـرى أن الحكـم الصادر من قبل المحكم هو حكم إلزامي، وان الحكم الصادر عن المحكم لـم يكـن بالضرورة صادرا ممن عرف عنه القضاء.[1]

إن الإشارة إلى التحكيم زمن الرسول ﷺ والى الوقائع التحكيمية التي حصلت في عصر النبوة تشير إلى أن حكم التحكيم كان بمثابة حكم قضائي من حيث الإلزام للخصوم بمنطوقه.

إن هذا التقديم وتلك الإشارة إلى بداية التحكيم في عصر النبـوة لتـستفز أي باحث للسؤال عن السبب في تعدد الأقوال وربما تراجع مكانة التحكيم لدى بعـض آراء الفقه، كما أن هذا الأمر يشير إلى أمر آخر هو برأي الباحث عبء على الفقـه الإسلامي المعاصر وهو معاينة زمان الرأي الفقهي.

فلا يمكن العمل في التأصيل للتحكيم بالتعامل مع المذهب ككتلة واحدة علـى مر القرون لتجمع الأقوال ثم يقال إن الشافعية على سبيل المثال قال اغلـبهم كـذا، وقال بعضهم كذا، وقال الحنفية كذا، وقال بعضهم كذا وكذا، ثم القول: ومهما يكـن من أمر فإن جواز التحكيم هو ظاهر عند الحنفية والأصح عندهم، والأظهـر عنـد جمهور الشافعية وهو مذهب الحنابلة...الخ

---

1 لقد حكم زيد بن ثابت وحكم جبير بن مطعم وكذلك حكم شريح رضي ا عنهم ولم يكن منهم مـن القضاة، راجع في ذلك: وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 10، ص 236

إن التعامل مع أقوال المذهب ككتلة واحدة على امتداد عديد من القرون دون معاينة سبب وعلة الخلاف في الآراء والتركيز على سبب الخـلاف حتـى داخـل المذهب الواحد ثم الترجيح من خلال الكتابات الحديثة أمر لا يجد له مسوغا، ذلك أن الترجيح بين رأيين لكل منهما علته وهي علة فرضها الظرف الزماني تقتضي القول إن الترجيح المجرد بالنظر إلى الظرف الزماني الحاضر بكل معطياته و مـستجداته مسألة تشير إلى الافتراض أننا أمام فقه ترجيح في مسألة هي أصلا مسألة كان باب الاجتهاد فيها مفتوحا على مصراعيه، وان هذا الاجتهاد كان يقوي أو يضعف مـن مكانة التحكيم حسب الظروف المحيطة.

فإذا وقع التحكيم فيما مضى بين جمع من كبار الصحابة فيما يكون بينهم من خلاف ولم ينكره أحد منهم، وتصدى للتحكيم من لم يعرف عنه الاشتغال بالقـضاء فكان هناك إجماع على أنه مشروع[1] وقبل ذلك مشروع سنة على ما تم ذكره فـي ثنايا هذا البحث.

بعد ذلك حق أن أشير إلى ما يتبادر إلى الأذهان من أسئلة ملحة عن سبب ما صدر من فتوى على سبيل المثال من قبل بعض الحنفية بمنعه، والإشـارة إلـى أن أصبغ من المالكية قال: لا أحبه، فإن وقع مضى، والبعض لم يجزه ابتداء، وان من الشافعية من قال بعدم الجواز، وان منهم من قال بالجواز إذا لم يكن في البلد قـاض ومنهم من قال بجوازه في المال فقط.[2]

إن الأقوال السابقة التي يظهر من خلالها تراجع مكانة التحكيم، تشير إلـى أن هناك علة وسببا جعلا مثل تلك الآراء تبرز إلى السطح في شكل فتوى، هي بالتأكيد فتوى مبنية على مبررات واقعية وموضوعية لكل رأي فقهي.

بعد كل ذلك يمكن القول إن تحديد طبيعة التحكيم وفقا لما كان عليه في عصر النبوة ربما يكون مسألة سهلة ويسرة للغاية ولكن تحديد طبيعة حكم التحكيم وبالتالي طبيعة التحكيم برمته وفقا لمذاهب الفقه الإسلامي تتوقف بشكل قاطع ما قيـل مـن

---

1 وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 10، ص 235

2 راجع هذه الآراء لدى الفقه في: وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 10، ص 235.

رأي فقهي حول مدى لزوم حكم التحكيم بعد صدوره بحيث تبدو الصورة واضـحة عندما يقال إن حكم التحكيم ملزم حال صدوره أو غير ملزم، وكلمـا كـان الـرأي الفقهي ينحى باتجاه الإلزام قيل إن حكم التحكيم ذو طبيعة قضائية وأما القول بما هو أدنى من ذلك فهذا يعني الاختلاف حول هذه الطبيعة وفقا للفقه وليس وفقـا للـسنة وإجماع الصحابة على ما تم بيانه.

ويرى الباحث أنه بالنظر لخصوصية موضوع التحكيم وأهميتـه وضـرورة وضع صورة واضحة عن طبيعته وفقا لمقتضيات العصر، فيجب أن يدرك كل مـن يحاول البحث في هذا الموضوع أنه أمام مسألة اجتهادية في المقام الأول وخاصـة فيما يتعلق بمحل التحكيم وطبيعته، وان هذه الاجتهادات لها ظروفها ومعطياتها وفق زمان كل اجتهاد، وان بداية الفشل في الوصول إلى نظرية واضحة فـي التحكـيم الإسلامي يبدأ من خلال التعامل مع الآراء والاجتهادات الفقهية لفقه الـسلف علـى أساس أنها أدلة للتشريع، على الرغم من أنهم لم يتفقوا إجماعا على أي أمـر اللهـم فيما خلا مسائل تتعلق بالقضاء أصلا (كدين) القاضي ولـزوم أن يكـون مـسلما، وبالتالي لا بد أن يكون المحكم مسلما، وحتى هذه فيها متسع لو نظر من قبل فقهـاء الشريعة لمسألة التحكيم نظرة واقعية تتحقق فيها مصالح الناس.

إن التدقيق في هذه الخلافات الفقهية في مسألة التحكيم في الكتابات الحديثـة ربما تشير إلى رغبة البعض في الترجيح بين الآراء الفقهية بطريقة التـرجيح بـين الآراء باعتبارها أدلة على التشريع في الشريعة الإسلامية، على الرغم من أنها فـي ذاتها آراء اجتهادية، هكذا يبدو من معاينة بعض الكتابات الحديثة، أو في إيجـاد أي مبرر آخر في تبرير ما يمكن تبريره واقعا كالقول في مسألة تجاوز عقدة حـضور اسم المحكم لزاما في اتفاق التحكيم، إن الرسولﷺ تم اختياره محكمـا فـي الحجـر الأسود قبل أن يتم معرفة من يخرج من الفج على قريش للتحكيم بينهم[1] مع أن مثل

1 مشار له كأحد أدلة الترجيح لتبرير للتسامح في مسالة لزوم أن يكون المحكم معينا لدى آل خنـين، وذلك في محاولة للتخاص من ربط المحكم كعنصر في ركن عقد التحكيم لان هذه العقـدة بقيـت أيضا ماثلة في نظام التحكيم السعودي بحيث بدا من النظام أن لا حل في مسالة حضور اسم المحكم إلا من خلال استغلال نظرية الاستخلاف في القضاء بعد التأكد من صلاحية المحكم أن كان فـردا

هذا الرأي وان كان يسعف في تجاوز مسألة أن يكون اسم المحكم حاضرا كركن في الاتفاق إلا أنه لا يمكن أن يسعف في حلحلة ما يمكن أن يوصف على سبيل المثـال الخلاف حول تأقيت التحكيم وإضافته وما فيه من خلاف انعكس على رأي مجمـع الفقه الإسلامي.

ولذا فإن الباحث ومن خلال ما سبق يرى **أن فقه الترجيح لا يـصلح دائمـا كحل بقدر ما يتطلب الأمر فقه اجتهاد يراعي معطيات الحاضر ومقاصد الـشريعة الكلية وعدم القفز عن الآراء الفردية النيرة لبعض فقهاء السلف والفقه المعاصـر الذين غيروا في مفاهيم كثيرة ليس أولها ولا آخرها الموقف من الـشرط،على أن يكون الاجتهاد معتمدا على عملية تشاركية بين أهل الفقه وأهـل القـانون وعلـم الاقتصاد والاجتماع وحتى السياسة للوصول إلى تقدير حقيقي للواقع حتى تتحقـق الفائدة من الاجتهاد،** لأنه لا يمكن الوصول إلى اجتهاد حقيقي ما لم يكن هناك تقدير حقيقي للواقع، ولذا قيل ويحق أن للفقيه أن يطالع من كل فن طرفـا:مـن تـاريخ، وحديث، ولغة، وغير ذلك، فإن الفقيه يحتاج إلى جميع العلوم، فليأخذ من كل شـيء منها مهما.[1]

2.1.5 طبيعة حكم التحكيم وآليات العملية التحكيمية بين فقه السلف ورأي مجمع الفقه الإسلامي ونظام التحكيم السعودي:

هذا الأمر لا يمكن مناقشته إلا من خلال التطرق لعلاقة لزوم اتفاق التحكـيم وربطه بالعملية التحكيمية كعمل قضائي وحكم التحكيم كحكم (قضائي)

وصلاحيته إن كان رئيسا لهيئة التحكيم، كل ذلك في عصر ضاق نطاق التحكـيم فيـه وأصـبحت مسائله مما ينوء القضاء الوطني بالتصدي لكثير منها على الأقل بنفس السرعة والحرفية التي يـتم التعامل بها مع مثل هذه المسائل من قبـل قـضاء التحكـيم. راجـع آل خنـين، التحكـيم فـي الشريعة......، ص 119

1 صيد الخاطر – للإمام أبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن الجوزي – توفي سـنة 597هـ ـ - ص 451 – ط 21430هـ / 2009م –دار القلم – دمشق

وهنا أشير مرة أخرى إلى أنه لم يذكر في عصر النبوة أن واقعة تحكيمية سمح فيها بعزل المحكم، فهي وقائع وان كان المحكم ركنا فيها إلا أن الاتفاق على التحكيم كان يعقد كي لا يتم الرجوع فيه سواء بصورة رجوع مجرد أو عزل للمحكم يحمل في طياته رجوعا عن التحكيم، حيث الرجوع عن التحكيم يعني بالضرورة عزل المحكم، وعزل المحكم من معانيه أنه رجوع عن التحكيم كونه ركن فيه.

وقد رصد الباحث فيما مضى[1] من هذا البحث أن أقوال فقه السلف قد تعددت في موضوع الرجوع عن التحكيم وعزل المحكم الذي يحمل في طياته رجوعا عن التحكيم وكذلك عزل المحكم لنفسه الذي يترتب عليه انهيار التحكيم وذلك وفقا للتالي:

الرأي الأول: أنه يجوز لأي من الخصمين الرجوع عن التحكيم دون رضا الخصم الآخر ما لم ينطق المحكم بالحكم

الرأي الثاني: أنه يجوز لأي من الخصمين الرجوع عن التحكيم دون رضا الخصم الآخر ما لم يتم تقديم البينات فإذا تم تقديمها فلا يجوز لأي خصم أن ينفرد بالرجوع

الرأي الثالث: أنه يجوز لأي من الخصمين الرجوع عن التحكيم دون رضا الخصم الآخر ما لم تبدأ الخصومة، فإذا بدأت امتنع على الخصمين الرجوع

الرأي الرابع: ليس لأحدهما الرجوع ولو قبل بدء الخصومة، أي أنه لا رجوع بعد الاتفاق بين الخصوم واتفاقهما مع المحكم

أما فيما يتعلق بعزل المحكم لنفسه فأحيل إلى ما سبق في الفصل الخاص بالمحكم مشيرا إلى أن عزل المحكم لنفسه يعني إنهاء العملية التحكيمية إلى غير رجعه إلا باتفاق جديد لكونه ركنا فيها ولذا سأقصر النقاش على مسألة الرجوع المجرد والعزل الذي يحمل معنى الرجوع.

ويلاحظ أن كل تلك الآراء يجمعها عامل مشترك واحد وهو لزوم حكم التحكيم بعد صدوره بغض النظر عن التفاوت بين تلك الآراء في توقيت الحق في الرجوع عن التحكيم، ولم يشذ عن هذا إلا بعض الشافعية الذين اشترطوا رضا الخصمين بحكم المحكم بعد صدوره فلم يكن من قيمة لهذا الرأي فيما يتعلق بالحق

1 راجع الفصل الخاص بالمحكم

بالرجوع عن التحكيم قبل أو بعد الشروع في التحكيم ما دام حكـم المحكـم غيـر ملزم.[1]

ومن كل تلك الآراء ولفهم طبيعة حكم التحكيم لا بد من تكييف مرحلة ما قبل إقرار الرأي الفقهي لحق الرجوع بصورة الرجوع المجرد أو بصورة العزل للمحكم الذي يحمل في طياته رجوعا عن التحكيم.

فإذا كان من المعروف أن الدخول في عملية التقاضي أمام القـضاء المـولى هي مسألة إلزامية ما دام المدعي مصرا على دعواه ولا تسقط دعـواه إلا بإسـقاط منه، ومن هنا فإن اللجوء إلى التقاضي يعني الدخول في عمليـة قـضائية طابعهـا الإلزام.

فإنه وفي المقابل ووفقا لآراء فقه السلف التي أشير إليها في خصوص التحكيم فإن السؤال المطروح ما هي طبيعة المرحلة التي تسبق الوقت الذي يسمح فيـه لأي من الخصمين الرجوع؟

يمكن القول بكل بساطة إن المرحلة التي تسبق منع الرجوع حسب كل قـول هي مرحلة تعاقد يوصف فيها العقد بأنه غير لازم حسبما أشير إليـه سـابقا، ولا يكون لازما إلا في الوقت الذي يمنع فيه على الخصمين انفراد أحدهما بـالعزل أو الرجوع الذي يحمل معنى العزل [2] وبعد الدخول إلى المرحلة التي يقول فيها الرأي الفقهي بالمنع فقد أصبح المنع دالا على أن عقد التحكيم أصبح لازما والدخول إلـى هذه المرحلة يعني دخولا إلى عملية ذات طابع قضائي إلزامي وعلى ذلك فإن ما يتم إثباته من شهادات أو إقرارات هو بمثابة شهادات سـمعت فـي مجلـس القـضاء وإقرارات توصف بأنها إقرارات قضائية، مما يثير التساؤل عن النظرة إلى مثل هذه

---

1 وهو الرأي الذي علق عليه محمود السرطاوي بالقول انه ينزل التحكـيم منزلـة الفتـوى، راجـع: السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص 60

2 هذا مع مراعاة أن عزل المحكم لنفسه وان كان يؤدي إلى انهيار العملية التحكيمية إلا أن هذا الأمر على ما يبدو ليس له من الأهمية في العصور الماضية كما هي أهميته وأثره في العصر الحاضر، ذلك أن شخص المحكم في العصور الماضية هو برأي الباحث ربما يكون أهم دافـع إلـى لجـوء الأطراف إلى التحكيم،

الشهادات والإقرارات وفقا للرأي الذي يتيح الرجوع في أي وقت حتى لو بعد سماع البينة؟

لا شك أنه لا يوجد علة مقنعة لأي من الآراء الفقهية التي قالت بحق العـزل وحق الرجوع بعد المباشرة في الخصومة ولا يمكن تبرير تلك الآراء إلا بالقول أنه لم يكن يترتب على الأمر مسائل خطيرة.

ولذا يرى الباحث أن الرأي القائل بمنع الرجـوع مطلقـا بعـد الاتفـاق هـو رأي المتأخرين، مما يدل على إن الأمر يتعلق بظروف كل فتوى.

على أن الباحث يرى اصطدام الآراء المجيزة للرجوع بمسألة واقعية تـشير إلى أن التحكيم بدأ في عصر النبوة ذا طبيعة قضائية من بداية العمليـة التحكيميـة وحتى نهايتها، كما أن تلك الآراء اصطدمت فعليا بأدلة من السنة، وبما اجمع عليـه الصحابة، لقوله ﷺ (من حكم بين اثنين تحاكما إليه وارتضيا به، فلم يعـدل بينهمـا بالحق فعليه لعنة ا)، فقيل في هذا الحديث ولولا أن حكمه يلزمهما لما لحقه الـذم؛ ولأن عمرا وأبيا تحاكما إلى زيد بن ثابت وتحاكم عثمان وطلحة إلـى جبيـر بـن مطعم، ولم يكن أحد منهما قاضيا.[1]

ولكن يبدوا أن تشريع حق الرجوع له علاقة بالتمذهب برأي الباحث، فعلـى سبيل المثال فإن القياس هو من أصول مذهب الشافعية، فإذا ما علمنا أن القيـاس لا يتقنه إلا المجتهدون، فهذا يعني أن المحكم لا بد أن يكون مجتهدا، وهو أمر لا يمكن توفره في المحكم دائما.

إن دراسة التاريخ الفقهي تشير إلى أن الفقهاء عندما يفتون لم يكونـوا يفتـون دائما في مجتمع يتمتع بكل ميزات المجتمع المثالي، فلكل زمان ظروفـه وأحوالـه وعلى هذا يأتي الرأي الفقهي بما يتوافق وحال الزمان وأحوال أهله [2] واعتقـد أنـه

---

1 البهوتي، كشاف القناع، جـ 15، ص 63. وقد أشار الفقه الحديث إلى هذا راجـع إشـارة وهبـه الزحيلي إلى نفس الحديث (مشار إليه سابقا)

2 ابن نجيم، البحر الرائق، جـ 7، ص 28. حيث جاء فيه، وبعض علمائنا يقولون: قضاة عهدنا في بلادنا، أكثرهم مصالحون لأنهم تقلدوا القضاء بالرشوة..... ولهذا قال السلف القاضي النافذ حكمـه اعز من الكبريت الأحمر

مهما قيل من مخارج للقائلين بالحق في الرجوع مثل القول:(إن المحكـم بحقهمـا بمنزلة القاضي المولى في حق السلطان، والسلطان لو عزل القاضي المـولى قبـل الحكم صح فكذا هذا)[1] فإن مثل هذه الحجج غير مقنعة إذا ما تـم مقارنتهـا بحـال التحكيم في الحقبة النبوية، وكذلك الحقبة اللاحقة لانتقال الرسـول ﷺ إلـى الرفيـق الأعلى.

ولذا ووفقا لفقه السلف فإن الرأي اللافت هو رأي ابن الماجشون من المالكية[2] الذي فضل انحيازه إلى مراعاة العهود والمواثيق بدلا من مراعاة الحساسية المفرطة تجاه من يحكم وهي حساسية أدت ببعض الآراء إلى التطرف في مسألة إعطاء الحق في الرجوع حتى بعد سماع البينة، وهو أمر لا يمكن أن نعزيـه إلـى نظريـة أن المحكم فيما يتعلق بالعزل هو بالنسبة للخصوم تماما كالقاضي في حق السلطان الذي ولاه، ذلك أن هذه الحجة في إعطاء الحق في الرجوع هي حجة لا يقاس عليها، فإذا كان من حق السلطان أن يعزل فذلك للمصلحة العامة دون أن يترتـب علـى ذلـك ضرر، وبعد أن يتم تأمين البديل للقاضي المعزول حتى لا تتعطل مصالح النـاس، وأما عزل المحكم والرجوع في التحكيم في عصرنا فلربما يترتب عليه ضرر، ولذا قيل حديثا ووفق عصرنا فيما يتعلق بالرجوع عن التحكيم أن ذلك سيؤدي إلى جعل التحكيم وسيلة للمماطلة وضياع الحقوق[3] وبذلك تضيع أي علة من إقرار التحكيم.

يرى الباحث أن دافع الآراء الموسعة من اختيار حـق الرجـوع لا يمكـن تفسيرها إلا من خلال مدى الثقة بقضاء التحكيم في كل عصر من العصور وهـذه الثقة ربما لها ما يبررها في أصول كل مذهب، بالإضافة إلى تأثر الفقه الإسـلامي بمسألة الحساسية من الشروط عموما قبل أن يشهد هذا الفقه تطـورا فـي مـسألة الشروط كان الباحث قد أشار إليها وخاصة لدى الفقه الحنبلي، وكل ذلك الذي أشير إليه لا بد فيه من دراسة متخصصة من أهل الفقه الإسلامي، مشيرا إلى أن رأي ابن

---

1 آل خنين، التحكيم في الشريعة...،ص 159

2 ابن فرحون، تبصرة الحكام، جـ 1، ص 50. يقول ابن الماجشون:(ليس لأحدهما الرجوع، كـان ذلك قبل أن يقاعد صاحبه أو بعدما ناشبه الخصومة، وحكمه لازم لهما)

3 السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص 60

الماجشون لم يخرج كبقية الآراء عن مسألة شروط المحكم و أنه يفترض أن تتوافر فيه شروط القاضي، ولذا فإن المنطق يقول أنه ما دامت المقارنة أمرا مستقرا لـدى الفقه الإسلامي بخصوص الصفات، والأعمال، والمهام، في كـل دعـوى ينظرهـا المحكم والقاضي، فإن الأصل منطقا وعقلا أن يكونا بنفس الدرجة من حيث النظرة إلى ما يقومان به على أنه عمل قضائي ذا طبيعة إلزامية اللهم فيمـا خـلا بعـض الاختلاف فيما يجوز للقاضي ولا يجوز للمحكم عددها الفقه مثل أن القاضي ليس له أن يحبس مثلا. [1]

وأيا كان فإن نتيجة العملية التحكيمية وفقا للفقه الإسلامي الذي اقر جمهـوره بلزوم الحكم الصادر من المحكم أيا كان الاختلاف في وقت الرجوع فإن ذلك يؤكـد الطبيعة القضائية لحكم التحكيم، وهذا الأمر يؤكده جمهور الفقهاء عند تطرقهم لنقض حكم المحكم وهو ما سيأتي عليه الباحث لاحقا.

أما موقف الفقه الإسلامي الحديث ممثلا بمجمع الفقه الإسـلامي فقـد أكـد الطبيعة القضائية لحكم التحكيم حيث انزل حكم المحكم بمنزلة حكم القاضي وذلـك مفهوم الفقرة الخامسة التي جاء فيها (الأصل أن يتم تنفيذ حكم المحكّم طواعية، فإن أبى أحد المحتكمين، عرض الأمر على القضاء لتنفيذه. وليس للقضاء نقضه، ما لـم يكن جوراً بيناً، أو مخالفاً لحكم الشرع).

ولكن يلاحظ أن المجمع أضفى على العملية التحكيمية الطـابع العقـدي مـن بدايتها إلى حين إصدار الحكم بحيث يكون الحكم وحده ذا طابع قضائي ومـا قبلـه يمتاز بأنه تنفيذ لعملية تعاقدية، فرغم أن المجمع تخير من الآراء الفقهية بخصوص رجوع الخصوم عن التحكيم الرأي القائل بجوازه قبل الشروع في التحكيم بالقول:(إن التحكيم عقد غير لازم لكل من الطرفين المحتكمين (فيجـوز لكـل مـن الطـرفين الرجوع فيه ما لم يشرع الحكم في التحكيم) بحيث يمكن القول أن العملية التعاقديـة تنتهي إلى عملية قضائية إلزامية مصدرها عقد التحكيم ذاته بمجرد الـشروع فـي التحكيم، إلا أنه من وجهة أخرى ومن حيث الواقع يبدو وكان المجمع أخذ بـالرأي القائل بجواز الرجوع عن التحكيم إلى ما قبل إصدار الحكم وذلك بمنح المحكم حـق

1 وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 10، ص 240

عزل نفسه ما دام لم يصدر حكمه وهو في قراره هذا لا زال يعتقد أن من الضروري اعتبار المحكم ركنا في التحكيم فإذا عزل نفسه ولو بعد أن قطع التحكيم كل أشواطه ترتب عليه انهيار العملية التحكيمية برمتها التي خلع عليها صفة العقد غير اللازم بالنسبة للخصوم ولا تلزم إلا بمباشرة الخصومة، وخلع عليها صفة العقد غير اللازم بين المحتكمين من جهة والمحكم من جهة أخرى فلا تكون لازمة إلا بإصدار الحكم! كل ذلك مترافقا مع عدم التطرق إلى شرط التحكيم من ناحية، وفي نفس الوقت الأخذ بما أخذت به مجلة الأحكام العدلية من عدم جواز تأقيت التحكيم وإضافته [1] فلم يكن من إضافة جديد على ما قالت به المجلة التي صدرت في وقت لم يكن للتحكيم شأنه الذي صار إليه في نهاية القرن العشرين وبداية القرن الحادي والعشرين.

وكل ذلك يؤدي إلى وضوح الصورة فيما يتعلق بتكييف طبيعة كل الإجراءات المتخذة أثناء العملية التحكيمية وقبل صدور الحكم إذا ما قام المحكم بعزل نفسه.

أما بالنسبة لموقف المشترع السعودي فيبدو أنه من خلال تبنيه للتدخل في تعيين المحكم قد فصل فصلا تاما بين اتفاق الخصوم على التحكيم وبين اتفاقهم على المحكم وموافقة المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع على تولية المحكم أو هيئة التحكيم، التي تستمد شرعيتها من شخص المحكم أن كان فردا ومن شخص رئيس الهيئة إن كانت هيئة التحكيم عددا من المحكمين وهم وفق نظام التحكيم عددهم وتر دائما، هذه الشرعية تتمثل في عنصرين أساسيين:

1. شرعية مستمدة من كون المحكم ممن يصلح للقضاء ابتداء بالنص في النظام بعبارات تجعل للمحكمة سلطة تقديرية في تحديد مدى الصلاحية بالقول (ويشترط المعرفة بالقواعد الشرعية....).[2]

---

1 علي حيدر، المرجع السابق، مجلد 4، ص 646

2 البهوتي، شرح منتهى الإرادات، جـ 2، ص 446.

جاء في شرح منتهى الإرادات:(وقال تقي الدين وهذه الشروط تعتبر حسب الإمكان فيولى الأمثل فالأمثل)

2 شرعية مستمدة من كون المحكم تم الموافقة عليه وتوليته من قبل القضاء المأذون له بالتولية والاستخلاف لإضفاء طابع الإلزامية على العملية التحكميـة لتكـون عملية قضائية بحتة [1] مع التحوط إلى أن العزل وفقا لنظام التحكيم لا يكـون إلا باتفاق الخصوم وهو ما لا يترتب عليه انهيار العملية التحكيمية بالضرورة، ولكن يترتب عليه بالضرورة تولية جديدة بعد تسمية محكم جديد يتم اطلاعـه علـى موضوع النزاع من خلال الوثيقة التحكيمية ويتم إبلاغه رسميا مـن المحكمـة بالموافقة على مباشرته لعمله كمحكم في الخصوص محل النزاع.

وعلى ما يبدو أن المشترع السعودي في مسألة التولية للمحكم كان قد احتـاط إلى عدة مسائل نصصها الفقه في كتبه وهي مسائل تشير إلـى أن نظـام التحكـيم السعودي يتعامل مع المحكم على أنه قاضي مولى وخفف من الشروط المطلوبة في المحكمين من غير الرئيس إذا تعدد أعضائها وكما أشير سابقا فإن القضاء السعودي يصف التحكيم بأنه قضاء خاص، وأنه يجب أن يحض بالرقابة وفقا لتوجه يعبر عن رقابة قل نظيرها في قوانين التحكيم الحديثة، حتى أن الباحث يكاد يجزم بان اللجوء إلى نظام التحكيم السعودي هو من الناحية العملية دخول إلى نظام قـضائي اختـار الخصوم فيه إطالة أمد النزاع بطوعهم واختيارهم.[2]

كما يبدو أن فصل الاتفاق على التحكيم عن الاتفاق مع المحكم والاعتـراف بشرط التحكيم وحتى إعطاء الآثار المترتبة على الشرط نفس الآثار المترتبة علـى الاتفاق على التحكيم قد مرا بهندسة فقهية من طراز خاص وذلك باستثمار كل ما في فقه السلف لفصل اتفاق التحكيم عن الاتفاق فيما بين الخصوم على شخص المحكـم، ولكن بقي المحكم من وجهة نظر المشترع السعودي بمثابة القاضي بحيـث إن رأى

---

1 وبهذا أخذت المحلة في نص تكميلي هو نص المادة 1847 - (لِكُل مِن الطرفَين عزلُ الْمحكمِ قَبـلَ الْحكْمِ ولَكِن إذَا حكمه الطرفَان وَأَجازه الْقَاضِي الْمنْصوب مِن قِبل السلْطَان الْمأْذُون بِنَصبِ النائِـبِ يكُون بِمنْزِلَةِ نَائِبِ هذَا الْقَاضِي حيثُ قَد استَخْلَفَه)

2 كل ذلك حتى على الفرض القائل بالتزام المحكمين بإصدار حكمهم ضمن المدة المتفق عليهـا، لأن إصدار الحكم يعني عمليا في حال الاعتراض عليه الدخول من جديد إلى منظومـة القـضاء وفـق تسلسل محاكمه.

القضاء المختص أصلا بنظر النزاع أن الأطراف لم يختاروا حكما صالحا للقضاء بينهم فإنه لن تتم توليته وعليهم أن يتفقوا على من يصلح، فإذا لم يتم ذلك جاء دور المحكمة، وهذه الصورة يمكن رصدها من خلال نص النظام في حال كون المحكم فردا، وفي حالة رئيس الهيئة إن تعدد المحكمون ولم يتفق الخصوم على شخص رئيس الهيئة.

إن ما أشير إليه في نظام التحكيم السعودي بالنسبة لعملية اختيار المحكم وخاصة رئيس هيئة التحكيم يجعل الأمر واقعيا يشير إلى تضييق الخيارات على الخصوم والذي يشير الواقع العملي إلى أن عملية تعيينه تتم غالبا من المحكمة.

إن كل ما أشير إليه سابقا هو برأي الباحث يؤدي وفقا لمنطق التحكيم الحديث إلى أن تفقد العملية التحكيمية وفقا لهذا النظام أهم مبرر يلجأ فيه الخصوم إلى التحكيم وهو السرعة ومساحة الحرية الكبيرة في اختيار أعضاء هيئة التحكيم وتغليب مبدأ سلطان الإرادة في كثير من مسائل التحكيم وعلى رأسها اختيار المحكمين.

2.5 حجية حكم التحكيم وفقا للفقه الإسلامي ونظام التحكيم السعودي:

وفقا لما سبق الحديث عنه من نتيجة نهائية للعملية التحكيمية وهي صدور الحكم عن المحكم وان هذا الحكم هو كحكم القاضي وفقا لجمهور الفقه، ووفقا لنظام التحكيم السعودي، وهذا هو السائد في كل قوانين التحكيم المعاصرة، وهو أمر يؤكده الفقه الإسلامي عند تطرقه لمسألة (عدم النقض).

لذا فإن السؤال الذي يمكن أن يطرح هو: هل يتمتع حكم المحكم بحجية الأمر المقضي به ؟

للإجابة على هذا السؤال وفقا للنتائج التي سبق الإشارة إليها في هذا البحث فيما يتعلق بطبيعة حكم التحكيم، فإنها تشير بوضوح إلى أن مناقشة مسألة حجية الأمر المقضي به بالنسبة لحكم التحكيم وفقا للفقه الإسلامي لا يمكن التعرف عليها إلا من خلال التعرف على حجية الحكم الصادر عن القاضي المولى وفقا للفقه الإسلامي، فهل عرف هذا الفقه مسألة حجية الأمر المقضي به بالنسبة للحكم الصادر

عن القاضي بحيث لا يجوز طرح النزاع وتجديده مـرة أخـرى بحيـث لا تتأبـد النزاعات أم أن العكس هو الصحيح؟ وعلية سيتم مناقشة هذا الأمر وفقا للآتي:

1.2.5 حجية الأمر المقضي به في حكم التحكيم وفقا لفقه السلف:

الحقيقة إن مصطلح حجية الأمر المقضي به لم يكن مصطلحا متداولا لـدى الفقه الإسلامي وإنما المصطلح الذي كان متداولا وله علاقة مباشرة بحجية الأمـر المقضي به هو (عدم النقض) وهو مصطلح كما يصفه مصطفى الجمال: **بأنه حمال أوجه**.

إذ يقول بما نصه:(لقد عرف موضوع حجية الأمر المقضي به للحكم القضائي في الشريعة الإسلامية من خلال معالجة الفقه الفرنسي له إبان احتلال فرنسا للشمال الإفريقي الذي سار فيه المذهب المالكي.

ثم يعقب بقوله: موضوع هام اكتنفه الكثير من الغموض والجدل لأسباب عدة منها، أن المرء لا يصادف هذا المصطلح في الفقـه الإسـلامي، وإنمـا يـصادف مصطلحا آخر حمال أوجه وهو مصطلح (عدم النقض) مما كان له الأثر في عزوف الفقه الإسلامي المعاصر بصفة عامة عن إيلائه ما يستحقه مـن عنـاء، ومنهـا أن معالجة الفقه الفرنسي له انطلاقا من المذهب المالكي قد ألقت بظلال من الشك حوله بالنظر لما استقر عليه المذهب من السماح للمدعي الذي ترفض دعواه لعدم كفايـة الدليل المقدم منه برفع دعواه مرة أخرى إذا ما استطاع التوصل إلى الدليل الكافي، ومنها **عزوف الفقه الإسلامي المعاصر عن العناية بتتبع أحكام القـضاء الـشرعي التي انطلقت بالفعل من فكرة الحجية وتطبيقاتها ووسائل إعمالها)**[1] [2]

---

1 الحمادي، حسن بن أحمد الحمادي، نظرية حجية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية (رسالة دكتوراه) ص 50 و ص 51، ط 1، 2003م، دار الثقافة.

وما ذكر هو مقتطفات من تقديم مصطفى الجمال لرسالة اه المذكورة والتي كان اشرف عليها.

2 يشير الباحث ومن باب الأمانة العلمية إلى أن هذا الموضوع المتعلق بحجية الأمر المقضي به ربما كان من أصعب مفاصل هذا البحث أمام تعدد الأقوال لدى الفقه الإسلامي في معرض استخدامه لمـصطلح الـنقض وعدم النقض وان الخلط وارد بين مصطلح عدم النقض وحجية الأمر المقضي به فكـان للدراسـة الجـادة للدكتور حسن الحمادي حول حجية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية السابق الإشارة إليها الأثر البـالغ في الولوج بشكل صحيح لمعالجة الموضوع، حيث أشار الحمادي إلى نقطة هامة حيث يقول: والسائد لـدى

وأمام هذه الضبابية التي أشار إليها الجمال حول مـصطلح حجيـة الأمـر المقضي به، وان الفقه الإسلامي لم يعرف هذا المصطلح بقدر ما كـان الاسـتخدام الموحد من قبلهم هو عدم النقض في دلالة مرة على حجية الأمر المقضي به ومـرة على قوة الأمر المقضي به على ما سيتبين عند التطـرق لمـسألة نقـض الحكـم القضائي.

ونظرا لأهمية تتبع معرفة حجية الأمر المقضي به للحكم القضائي للوصـول إلى نتيجة حول هذا المفهوم فيما يتعلق بحكم التحكيم وفقا للفقـه الإسـلامي، فـإن الباحث رأى لزاما التعرف على هذا المفهوم العالمي الذي يعتبر أحد أهم المقررات التي تدرس في علم المرافعات.

فقد تم تعريف حجية الأمر المقضي به بالنسبة لحكم التحكيم أسـوة بـالحكم الصادر من القضاء العام في الدولة بأنه (صلاحية الحكم للتمسك بالنتائج المتمخضة

جمهرة المشترعين من الفقهاء المسلمين والقانونيين أن اصطلاح النقض في الشريعة الإسلامية يقابل اصطلاح النقض في القوانين والتشريعات الحديثة وأشار إلى عد دراسات مثالا على هـذا منهـا (نقض الأحكام القضائية في التشريع الإسلامي) عبد الخالق غريب، رسالة – جامعة الأزهر، ص 7، (نقض الأحكام القضائية للأستاذ عبد ا بن السديس، رسالة، المعهد العالي للقضاء، ص 1، (نقض قضاء القاضي في الشريعة الإسلامية) للأستاذ طلال بن عمر، رسالة، أم القرى، ص 138 (القـوة الملزمة لقضاء القاضي في الفقه الإسلامي) سيد نظير الجيلاني، رسالة، أم القرى، ص 204، (مبدأ تمييز الأحكام القضائية) للدكتور جميل هاشم، ص 493

وفي هذا الإطار يشير الباحث إلى أن من يكتب في شأن الفقه الإسلامي من المتخصصين فيه على ما يبدو أنهم يواجهون مشكلة المصطلح القديم في مواجهة المصطلح الحديث، لـذا فإنـه ورغـم أن القضاء الشرعي والنظامي يأخذ بحجية الأمر المقضي به إلا أن عدم مواكبة رجال الفقه الإسـلامي لهذه الأحكام هي وان كانت إشكالية بحد ذاتها إلا أن الوجه الآخر لها يتعلق بإشكالية مع المـصطلح وإشكالية أخرى لا تقل عنها أهمية وهي مشكلة تبويب الفقه في قراءة حديثة معاصرة، وهو ما حاول الفقه الحنفي المعاصر خوض غماره فكانت الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والفقـه الغربـي انظر على سبيل المثال وهبه الزحيلي نظرية الضمان في الفقه الإسلامي ومقارنتهـا مـع القـانون الوضعي والفقه القانوني

عنه لصالح شخص ضد شخص آخر، وعدم جواز طرح النزاع الذي صدر فيه هذا الحكم مرة ثانية أمام القضاء، سواء القضاء النظامي أو قضاء التحكيم).[1]

ووفقا للتعريف السابق فإن مفهوم حجية الأمر المقضي به مرتبطة بمفهـوم يتعلق **بموضوع النزاع وأطرافه والقاضي** الذي أصدره بحيث يمتنع إعـادة طـرح النزاع مرة أخرى بالنسبة لنفس الخصوم، وفي الموضوع الذي سبق الفصل فيه وهو بذات الوقت يقيد القاضي بنفس القيد بحيث يجوز الدفع بحجية الأمر المقـضي بـه، كما يجوز للمحكمة المرفوعة أمامها الدعوى من جديد أن تقضي برد الدعوى مـن تلقاء نفسها، وهذا الدفع بالحجية يرمي إلى عدم إصدار حكم جديد فـي الموضـوع سواء كان مخالفا أو موافقا للحكم السابق الذي حاز حجية الأمر المقضي به.[2]

وبناء على هذا المفهوم لما كان من أمر حجية الأمر المقضي به وفقا لتعريف الفقه له في حاضرنا، ووفقا لمنهج هذا البحث في التعرف على مسلك الفقه الإسلامي في موضوع التحكيم فإنه لا بد من الرجوع إلى الأصل، والأصل في مفهوم الباحث أن الدخول إلى أقوال الفقه الإسلامي وما قيل هنا وهناك دون تلمس ما جـاء فـي الحقبة النبوية الشريفة يعتبر خطأ فادحا، ذلك أن تفصيلات الفقه وأقـوالهم حـول مصطلح (عدم النقض) هي اختلاف في وجهات النظر حول مسائل تفصيلية سـببها استخدام المصطلح على ما يبدو لأكثر من هدف.

إن آراء الفقه لا تأتي إلا بعد الاستشهاد بما جاء من أسس متينة تـم إرسـائها لمبدأ حجية الأمر المقضي به وفقا للحقبة النبوية، أي حقبة التشريع، لذا فإن الباحث يرى وعلى ما سيظهر فيما بعد أن الفقه أصل لحجية الأمر المقضي به من خـلال تطرقه إلى مسائل تتعلق بما يمكن أن يكون محلا للنقض من الأحكام وما هـو دون ذلك، ذلك أن تشريع النقض من عدمه يعني أنه بعد النقض لا مجال للـنقض مـرة أخرى، فيكون الحديث آنذاك عن حجية للأمر المقضي به لحكـم تأيـد أو نقـض

---

1 الطراونه، مصلح الطراونة، الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية في القانون الأردني " دراسـة مقارنة "، ص 143، ط 1، 2010م، دار وائل، عمان

2 الطراونه، الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية في القانون الأردني، ص 144

مكتسبا قوة الأمر المقضي به التي تتضمن لزاما في ثناياها اعتراف بحجية الأمـر المقضي به.

لذا فإن المتتبع للحقبة الأولى لبداية الحضارة العربية الإسلامية سيلحظ بجلاء أن هناك مبدأ مستقرا في الشريعة الإسلامية وهو أن الأحكام تصدر عـن القاضـي مترافقة مع افتراض مسبق أنها أحكام صحيحة[1] ما دام أنها فصلت في النزاع وهـذا بحد ذاته يشير إلى أولى القرائن الدالة على حجية الأمر المقضي به، إلا أن الأمـر وكي لا يلتبس من حيث لا نعلم بمسألة صدور الحكم مكتسبا قوة الأمر المقضي بـه يقتضي كما سبق الإشارة آنفا أن يتم استقصاء الأدلة من منابعها على حجية الأمـر المقضي به في التشريع الإسلامي من خلال نصوص الشريعة ذاتها والتـي كانـت محل تعليق الفقه الإسلامي فيما بعد وذلك على النحو التالي:

الدليل الأول: جاء في صحيح البخاري حدثنا عبد ا بن يوسف حدثنا الليـث قـال حدثني ابن شهاب عن عروة عن عبد ا بن الزبير رضي ا عنهما أنه حدثـه: أن رجلا من الأنصار خاصم الزبير عند النبي ﷺ في شراج الحرة التي يسقون بها النخل فقال الأنصاري سرح الماء يمر فأبى عليه فاختصما عند النبي ﷺ فقال رسول ا ﷺ للزبير أسق يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك فغضب الأنصاري فقـال أن كان ابن عمتك، فتلون وجه رسول ا ﷺ ثم قال اسق يا زبير ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر فقال الزبير وا إني لأحسب هذه الآية نزلت فـي ذلـك (**فـلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم**)[2]

ومفاد هذا الحديث الشريف أن الحكم القضائي يتمتـع بالحجيـة التـي تمنـع الخصوم من المناقشة فيما فصل فيه ذلك أن مدلول الآية وفقا لنصها الكامـل:قـال تعالى:(**فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما).**

---

1 علي حيدر، شرح المجلة، مجلد 4، ص 631.

2 صحيح البخاري، وقد سبق الإشارة إليه في هوامش الفصل التمهيدي، ص 14 من هذا البحث وذلك عند الحديث عن مناسبة نزول الآية (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم) الآية

فالرسول ﷺ حكم للزبير باستحقاقه للسقي أولا، ولكنه ﷺ أشار على الزبير بالتنازل عن كامل حقه بإرسال الماء لكن الأنصاري لم يرض بحكم الرسول لاستحقاق الزبير للسقي، وهنا حكم الرسول باستحقاق الزبير لكامل حقه في السقي (ثم احبس الماء حتى يبلغ الجدر) ولو كان الحكم القضائي الصادر عن الرسول ﷺ لا يتمتع بالحجية لما اوجب القرآن الكريم على المؤمنين التسليم بالحكم الذي يصدر عن الرسول واحترامه.[1]

ويشير الحمادي إلى تعليق صديق خان في مؤلفه القضائي (ظفر اللاظي بما يجب في القضاء وعلى القاضي) حيث قرر هذا الفقيه أنه (لا ينقض حكم الحاكم (القاضي) إلا بدليل علمي لأنه إذا كان حكم القاضي الذي حكم جامعا للشروط المتقدمة فقد صار حكمه لازما للمحكوم عليه، يجب أن يتلقاه بالسمع والطاعة، وان لا يجد في صدره حرجا من ذلك ويسلم تسليما، كما ذكر ا سبحانه في كتابه العزيز).... إذن فالحكم القضائي يجب أن يحظى بالحجية التي تمنع معاودة الخصام فيما حكم فيه من مسائل الدعوى.[2]

على أن الباحث يشير مرة أخرى إلى أن الحديث يشير إلى تصرف الرسول كقاض[3]

الدليل الثاني: وهو يشير إلى أساسات متينة لاحترام حجية الأمر المقضي به من قبل القاضي الذي هو أحد الأطراف المهمة في مسألة الحجية.

وأيضا يمكن ملاحظة أن الفقه الإسلامي يستدل على الحجية من خلال ضرب أمثلة تشير إلى أن الواجب افتراض أن الحكم يصدر صحيحا، وهم في معرض تأكيدهم على الحجية فإنما يضربون الأمثلة على ما كان في زمن الرسول من أن الحكم يصدر مكتسبا قوة الأمر المقضي به، وهذا يشير بوضوح إلى أنه إذا كان الحكم مكتسبا لقوة الأمر المقضي به (أي غير قابل للطعن) فإن هذا يعني

---

1 الحمادي، نظرية حجية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية، ص 88 - 89

2 الحمادي، نظرية حجية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية، ص 89. مشيرا إلى ما جاء في كتاب ظفر اللاظي بما يجب في القضاء وعلى القاضي

3 راجع الجدل حول ماهية قضاء الرسول صلى ا عليه وسلم في مفهوم الشريعة

بالضرورة أنه صدر ابتداء مكتسبا لحجية الأمر المقضي به، فـنلاحظ أنهـم عنـد الحديث عن الحكم المجتهد فيه قالوا بأن الأصل أن لا ينقض، ورجعوا في ذلك إلى الأصل، فقالوا:(فإذا أصاب القاضي في حكمه فالأصل أن لا ينقض، كما إذا حكـم فيما يسوغ فيه الاجتهاد كان حكمه نافذا وحكم غيره من القضاة نافـذا، ولا يتعقـب بفسخ ولا نقض، لأن هذا القضاء حصل في موضع الاجتهاد فنفذ، ولزم على وجـه لا يجوز إبطاله، والأصل فيه ما روي عن الشعبي أن رسول ا ﷺ كـان يقـضي بالقضاء، وينزل القرآن بغير ما قضى، فيستقبل حكم القرآن ولا يرد قضاءه الأول) وما روي عن عمر رضي ا عنه (أنه حكم بحرمان الإخوة الأشقاء من التركة في المشركة [1]، ثم شرك بعد ذلك ولم ينقض قضاءه الأول، فلما قيل له في ذلك قال:ذلك على ما قضينا وهذا على ما نقضي) وأنه قضى في الجد بقضايا مختلفة ولـم يـرد الأولى، لأنه يؤدي إلى نقض الحكم بمثله، وهذا يؤدي إلى أن لا يثبت الحكم أصلا، لأن القاضي الثاني يخالف قبله والثالث يخالف الثاني فلا يثبت حكم.[2]

إن الأمثلة السابقة وان كان يستدل منها على ما هو قابل للنقض أو غير قابل للنقض، فإنه يدل على أن الأقضية كانت تحمل على الصحة كما أشير سـابقا، وان القاضي أيضا ملزم باحترام حجية الأمر المقضي به بالنسبة للحكم الذي صدر عنه، فلو فرضنا أن عمر جاءه من يريد تجديد النزاع الذي قضي فيه بحكم وفقا لاجتهاده متحججا بان عمر قضى باجتهاد جديد يغاير الاجتهاد الأول فإن الدعوى لا تـسمع منه احتراما لحجية الأمر المقضي به.

ففي الأمثلة السابقة الدليل الدامغ على احترام حجية الأمر المقضي به وأن له أساسا متينا في عصر النبوة وفي أقضية الخلفاء الراشدين من بعده.

---

1 وسميت بذلك لتشريك الإخوة الأشقاء مع الإخوة لأم

2 وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، منشورات وزارة الأوقاف الكويتية، جـ 41، ص 156، ط 1، 1416هـ / 1995م، مطابع دار الصفوة، الكويت

على أنه قد يفهم من بعض كتب الفقه أن القاضي غير ملزم باحترام حجية الحكم الصادر عنه، إذ تشير كتب الفقه إلى نقض القاضي لحكمه [1]، ولكن المتمعن في النصوص الفقهية يجد جليا أن هذا الأمر ابعد ما يكون عن النظام القضائي في الإسلام، فالفقه أشار إلى هذا الأمر في معرض اكتشاف القاضي أنه اخطأ في تطبيق القواعد وهذا على ما يبدو كان في المراحل التالية لعصر النبوة حيث يقدم البعض قول الصحابي والترجيح بين أقوال الصحابة على القياس، والافتراض هنا أن القاضي لم يطلب إليه تجديد النظر في النزاع ولكن يطلب إليه النظر فيما يعتقد أنه تطبيق خاطئ للقواعد (وهو ما يرادف الخطأ في تطبيق القانون في عصرنا) فإذا ما تبين له من أن المعترض على حكمه مصيب وان القاضي قد خالف نصا أو إجماعا أو قدم قياسا على قول أو أقوال الصحابة فإنه مجبر على العود والحكم وفق النص وهذا مفهوم كلام السرخسي الذي جاء فيه:

(والحاصل أنه إذا صح له قول عن واحد من المعروفين من الصحابة رضي الله عنهم قضى به وقدمه على القياس لقوله ﷺ أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم ولأن فيما يبلغه عن الصحابي رضي الله عنه احتمال السماع فقد كانوا يسمعون من رسول الله ﷺ ثم يفتون به تارة ويرون أخرى وفيه أيضا احتمال ترجيح الإصابة في نفس الرأي فقد وقفوا لما لم يوقف غيرهم بعدهم فإن كانوا اختلفوا فيه تخير مدة أقاويله أحسنها في نفسه وليس له أن يخالفهم جميعا ويبتدع شيئا من رأيه لأنهم لو اجتمعوا على قول لم يجز لأحد أن يخالفهم فإذا اختلفوا على أقاويل محصورة فذلك إجماع منهم على أن الحق لا يعدو مما قالوا فلا يجوز لأحد أن يخالفهم ويبتدع شيئا من رأيه ولكنه يختار أحسن الأقاويل في نفسه لأنهم لما اختلفوا ولم تجر المحاجة بينهم بالرواية فقد انقطع احتمال السماع وتعين القول بالرأي فتعارض أقاويلهم كتعارض الاقيسة وعند ذلك على القاضي **أن يصير إلى الترجيح** ويعمل بما ظهر الرجحان فيه، فكذلك عند اختلاف الصحابة رضوان الله عليهم يصير إلى الترجيح

---

1 انظر على سبيل المثال: السمناني، أبي القاسم علي بن محمد بن احمد الرحبي السمناني، روضة القضاة وطريق النجاة، جـ 1، ص 319، ط 2، 1984م، تحقيق صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة بيروت، و دار الفرقان، عمان

فإن لم يبين له وجه الترجيح فله أن يعمل بأي الأقاويل شاء لأن بالتعارض لا تنعدم الحجة في أقاويلهم فينبغي أن يعمل بأحسنها في نفسه ويكون ذلك عملا منه بالحجة، فإن لم يجده فيما جاءه عن أحد منهم اجتهد رأيه في ذلك وقاسه بما جـاء منـه ثـم قضي بالذي يجتمع رأيه عليه من ذلك ويرى أنه الحق لأنه مأمور بفصل القـضاء والتكليف بحسب الوسع، والذي في وسعه اجتهاد الرأي عند انقطاع سائر الأدلة عنه فيشغل به إذ كان من أهله كمن اشتبه عليه القبلة عند انقطاع الأدلة).[1]

الدليل الثالث: يشير الحمادي في كتابه حجية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية إلى استنتاج هام يستخلص من النظام القضائي في شريعتنا الغراء فيقول: أن هـذا النظام تضمن تقسيم الحقوق إلى قسمين:حق الشرع وحق الفرد[2] أي الحق الشخصي والحق العام وقد ميز أئمة التشريع، ورجال الفكر القانوني الإسلامي، حقوق الشرع بالخصائص نفسها، التي وصلت إليها أقطاب الفكر الاجتماعي الحديث، من أن الحق العام غير قابل لإسقاطه أو التسامح فيه، ولذا ففي جل القضايا المدنيـة والجزائيـة يلحظ التصادم بين الحقين في معادلة تشير إلى أن هناك خياران:فإمـا أن يـضحى بحقوق الفرد لصالح المجتمع أو أن يتم التضحية بحقوق المجتمع فيسمح لمن خـسر دعواه أن يعيد رفعها إلى المحكمة التي فصلت فيها ليجدد النزاع مرة تلـو المـرة، وقدم – الحمادي - الدليل على أن هذا الأمر قد تم حسمه من حديث الرسـول ﷺ المروي في قصة هلال بن أمية عندما قذف زوجته ولم يأت ببينة،[3] فقال له الرسول ﷺ البينة أو حد في ظهرك وكررها عليه وهلال يقول:والذي بعثـك بـالحق إنـي لصادق، ولينزلن ا تعالى ما يبرئ ظهري من الحد، فنزل جبريل عليـه الـسلام وانزل عليه **والذِين يرمون أَزواجهم ولم يكُن لهم شُهداء إِلا أَنفُـسهم فَـشَهادةُ أَحدِهِم أَربع شَهاداتٍ بِاللهِ إِنه لمِن الصادِقِين 6 والْخَامِسةُ أَن لعنَتَ اللهِ عليـهِ**

1 السرخسي، المبسوط، جـ 16، ص83.

2 ابن قدامه، المغني، جـ 14، ص 236. فالحقوق على ضربين، احدهما حق لآدمي والثاني حق ، وحق الآدمي ينقسم إلى قسمين، ما هو مال فهذا تشرع فيه اليمين وما ليس بمال كالقـصاص وحـد القذف... الخ ففيه روايتان.....

3 بتصرف عن الحمادي، نظرية حجية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية، ص 93- 94

إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرَأُ 7 عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ 8 وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَـا إِن كَـانَ مِـنَ الـصَّادِقِينَ 9 [النور.الآية: 6-9]

وهذه القصة أسفرت عن حلف المرأة بأنها بريئة من الزنا وفقا لمقتضى الآية بعد أن قالت وا لا افضح قومي سائر اليوم فحلفـت ومـضت، فقـال الرسـول ﷺ:أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين، سابغ الإليتين، خدلج الساقين، فهو لشريك بن سمحاء، فجاءت به كذلك، فقال النبي ﷺ:((لولا ما سبق فيها من كتاب ا تعالى لكان لي ولها شان)) [1]

فهذا الحديث السابق يستنبط منه قاعدة مقتضاها ثبوت حجية الأمر المقـضي فيه للحكم القضائي بمجرد صدوره حتى لو أثيرت أدلة جديدة في الدعوى التي صدر الحكم فيها، فحديث الرسول ﷺ يعطي الدعوى أثرا مانعا للحكم منذ صدوره، يتمثـل في منع سماعها مرة أخرى وتجديدها بين الخصوم في المسألة نفسها التـي قـضى بها.[2]

والباحث وان كان يرى نفس الرؤية التي ذهب إليها الحمادي من كون هـذه القصة وهذا القضاء من النبي صلى ا عيه وسلم يصلح كمثال للدلالـة علـى أن التشريع الإسلامي عرف حجية الأمر المقضي به، إلا أنه من وجهة أخرى يدل على أن التشريع الإسلامي عرف ما يسمى بالأحكام التي تصدر ليس فقط مكتسبة حجيـة الأمر المقضي به وإنما عرف أيضا الأحكام المكتسبة قوة الأمر المقضي به بحيـث

---

1 صحيح البخاري: باب كتاب اللعان: نسخة الكترونية: الرقم::3469 موقع الإسلام التـابع لـوزارة الشئون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية: منشر بشكل ثابت علـى الرابط:
http://hadith.al-islam.com/Page.aspx?pageid=192&BookID=27&TOCID=1759

2 الحمادي، نظرية حجية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية، ص 94.
وقد أورد الحمادي فيما بعد أدلة على هذا من الإجماع ومن فقه الصحابة رضوان ا عليهم والتابعين

يكون مثل هذا الحكم غير قابل للطعن بأي طريق من طرق الطعن ما دامت القواعد المطبقة على النزاع قد طبقت تطبيقا سليما.[1]

على أن الفقه وان كان في حديثه عن النقض يستفاد من كلامه الحديث عن الحجية إلا أن اغلب الحديث كان عن النقض بسبب الخلل في القواعد بدليل أنهم تحدثوا عن النقض لأسباب موضوعية كما في حديثهم عن النقض بسبب الظلم والجور البين وهذا سيكون له مكانه عند الحديث عن النقض كطريق من طرق الطعن مع بيان مفهوم الفقهاء لهذا الأمر.

ومما سبق يمكن القول أن التشريع الإسلامي عرف حجية الأمر المقضي به وان كان يتطرق إليه في معرض حديثه عن النقض، فيبدو من خلال بعض أقوال الفقه أن النقض كان يتضمن في داخله معنى تجديد الخصومة، والدليل على ذلك أنهم ميزوا بين ما هو قابل للنقض وما هو غير قابل للنقض[2] ومجرد إشارتهم إلى أن بعض الأحكام غير قابلة للنقض فهذا يعني لزاما أن التشريع الإسلامي عرف حجية الأمر المقضي به سواء كان الحكم صادرا عن قاض أم محكم، بحيث يجوز الدفع بهذا الأمر أمام القاضي الذي عرض عليه النزاع ولا سلطان للقاضي لتجديد النزاع.

2.2.5 حجية الأمر المقضي به في حكم التحكيم وفقا لمجمع الفقه الإسلامي:

أما إذا نظرنا إلى مفهوم ما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي والإحاطة بمعانيه فإنه يشير إلى حجية الأمر المقضي به إذا صدر حكم التحكيم فاصلا في النزاع وهو ما يستفاد من الفقرة الخامسة من القرار المشار إليه والتي جاء فيها: (الأصل أن يتم تنفيذ حكم المحكم طواعية، فإذا أبى أحد المحتكمين، عرض الأمر على القضاء لتنفيذه، وليس للقضاء نقضه، ما لم يكن جورا بينا، أو مخالفا لحكم الشرع)

---

1 هذا الحكم يدل على عظمة التشريع الإسلامي الذي راعى في هذه الجريمة جانب الستر، ذلك أن تتبع مثل هذا الجرم بإعادة تجديد الدعوى فيه كلما ظهر دليل جديد يؤدي إلى ضرر بالغ في البنية الاجتماعية ولكل أولئك الذي يضارون بشكل غير مباشر ممن لهم علاقة بالزاني أو الزانية.

2 سيأتي الحديث عن النقض وعدم النقض لاحقا

حيث يمكن لمن حصل على حكم تحكيم أن يدفع بحجية الأمر المقضي به إذا ما حاول خصمه تجديد النزاع أمام القضاء.

وعليه يمكن ملاحظة أن فقه السلف الذي انزل حكم المحكـم منزلـة حكـم القاضي هو توجه واضح تم التأكيد عليه لدى الفقه الإسلامي المعاصر مـن خـلال قرار مجمع الفقه الإسلامي حول مبدأ التحكيم في الإسلام.

وقرار المجمع المشار إليه على ما فيه من نقد لما جاء في كثير من فقراته إلا أنه أشار ضمنا إلى أن حكم المحكم يحمل على الصحة كحكم القاضي، وأنه يجـب على القضاء تنفيذ حكم المحكم ما لم يكن منطويا على جور بين، أو مخالفـا لحكـم الشرع (النظام العام الشرعي)، بحيث يفهم من ذلك أن حكم المحكم لا يكون بـاطلا وبالتالي لا يجوز تنفيذه إلا في حالتين: هما، صدور حكم المحكم مشوبا بجور بـين أو صدوره مخالفا لحكم الشرع.

ورغم أن المجمع في هذه الفقرة يجسد ما كان من اتجاه لدى الفقه الإسلامي، إلا أنه أيضا من وجهة أخرى يمثل في هذه الفقرة من قراره الصورة الواقعية لأزمة مع التعامل مع مصطلح العصر، وهذا يستدل عليه من خلال التطرق إلـى مـسألة **الجور البّين** أو **مخالفة حكم الشرع.** فيبدو أن القرار المشار إليه ينزع عن التحكـيم أي صفة من صفات العصر وأنه قرار على ما يبدو يصور عملية التحكيم قبل عـدة قرون مضت، حيث يفترض أن هناك خصمين متنازعين ارتضيا حكما بينهما، وأنه عند التنفيذ لحكم التحكيم ربما يطعن أحدهما بان الحكم انطوى على جور بين أو أنه خالف نصا من نصوص الشريعة، فيضطر القاضي الذي طلب إليه التنفيذ التـصدي للموضوع إن كان مبنى الطعن هو **الجور البّين**، ويتصدى للتأكد من عـدم مخالفـة قواعد الشرع إن كان مبنى الطعن في معرض التنفيذ مبنيا على مخالفة مـن هـذا القبيل.

ومن ثم يجمح المجمع في قراره متمثلا هذه الصورة السابقة بشقيها مـصدرا قراره مستغرقا في التقليد ليس في المضمون فقط، وإنما التقليد المحض الذي ينطوي

على صناعة طبق الأصل[1] وهو تقليد بعيد عن واقع العصر، وواقع العمل القضائي في ظل الدولة المعاصرة، حيث مقتضيات تنظيم عملية التقاضي والحرص على استقرار المعاملات تحدد بالضرورة مواعيد الطعن في الأحكام، وان التنفيذ لحكم التحكيم لا يكون إلا بعد استنفاذ طرق الطعن المنصوص عليها وفقا للنظام القضائي لكل بلد بالنسبة للبلدان التي قررت في تشريعاتها حق الطعن في الأحكام الصادرة عن قضاء التحكيم.

فعلى سبيل المثال: فإن مسألة التطرق لكون الحكم التحكيمي يوصف بأنه مشوب بالجور لا يمكن أن تثار في عصرنا إلا من خلال طرق الطعن المقررة وفقا للنظام القضائي لكل بلد سواء تعلق الأمر بحكم قضائي أم بحكم تحكيم، وإذا كان المقصود هو شخص المحكم أو القاضي فإن لذلك طرقا أيضا لا يحتملها استخدام مصطلح الجور الذي كان مستخدما لدى فقه السلف، وإلا كان لزاما أن يفهم أن الجور إذا لم يكن بينا فإن الأمر لا بأس فيه.

فاستخدام هذا المصطلح من قبل المجمع هو برأي الباحث استخدام على غير هدى، لأن المصطلح كان له مدلولاته لدى فقه السلف ربما يتبعه إجراءات لدى بعضهم ووفقا لرأي كل فقه،[2] وهذه المدلولات هي وفقا لواقع معاش لم يعرف

---

1 ذكرت وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية أن التقليد في العصور المتأخرة استعمل بمعنى المحاكاة في الفعل، وبمعنى التزييف، أي صناعة شيء طبقا للأصل المقلد، وكلا المعنيين مأخوذ من التقليد للمجتهدين،لان المقلد يفعل مثل فعل المقلّد (فتحه على التشديد) دون أن يدري وجهه، وأما الأمر التقليدي فهو ما يفعل إتباعا لما كان قبل، لا بناء على فكر الفاعل، وخلافه الأمر المبتدع – راجع وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 13، ص 155، ط 2، 1408هـ / 1988م، طباعة ذات السلاسل، الكويت. وهي تشير بذلك إلى ما جاء في لسان العرب المحيط – قسم المصطلحات – والمعجم الوسيط مادة:" قلّد "

2 لم يعالج الفقه الإسلامي الطعن في الحكم على سند من وقوع جور في الحكم إلا من خلال التعرض لشخص القاضي نفسه والاستقصاء عنه وعن سلوكه واختلفت أقوالهم في ذلك حيث يفهم من كلامهم أن الطعن على سند من وقوع جور يقتضي مراجعة لأحكام القاضي كلها بعد التحري عن سيرته وعلمه في عملية تشبه التفتيش القضائي، وعلى ما يبدو أن رمي القاضي بالجور مسألة لم تكن إثارتها مسألة سهلة – راجع في ذلك اختلاف الفقه في معالجة هذه المسالة في: وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 41، ص 163

درجات التقاضي، فلا يمكن استخدام مثل هذا المصطلح في ظـل آليـات القـضاء والتحكيم المعاصر، لأن فقه السلف ذكره ومثل له بعدة وجوه اقتضت منهم أقـوالا مختلفة بحيث لا يمكن استيعابه كمصطلح موحد ذا مدلول واحد وفقا لآليات التقاضي الحديثة ووفقا للتنظيم القضائي الحديث، ذاك أنه في أصله يحتمل عدة معاني وعـدة صور يقابلها في عصرنا مصطلحات مختلفة من المفترض أن تتطرق لهـا الـنظم القضائية وقوانين المرافعات في كل بلد.

فنجد على سبيل المثال أن درجات التقاضي أصبحت معروفة في كل الـنظم القانونية في عالمنا، بحيث يمكن لطرق الطعن هذه أن تستوعب كثيرا مـن صـور الجور، كما أن تنظيم المسؤولية القضائية تحددها قوانين كل بلد سواء كانت مأخوذة من الشريعة الإسلامية أم من غيرها من القوانين الوضعية.

أما بالنسبة لمخالفة قواعد الشريعة فرغم أن المجمع يتجاهل معطيات الواقـع فيما يتعلق بمسألة كون الحكم صدر مشوبا بالجور وإثارة هذا الأمر فـي معـرض التنفيذ ليبقى الأمر مفتوحا لكل الاحتمالات، إلا أن القرار وعلى مـا يبـدو بـدافع الحرص على عدم مخالفة قواعد الشريعة ذكر أنه وعلى المحكمة التي يطلب إليهـا التنفيذ أن تتأكد من أن الحكم المراد تنفيذه غير مخالف لقواعد الشريعة الإسـلامية، تاركا الباب للاجتهاد من قبل القضاء فيما يعتبر من النظام العام الشرعي من عدمه، وهو أي المجمع يحاكي في ذلك القوانين الحديثة للتحكيم التي يلزمها القانون التأكـد من أن حكم التحكيم المراد تنفيذه غير مخالف للنظام العام للبلاد [1]

3.2.5 حجية الأمر المقضي به في حكم التحكيم وفقا لنظام التحكيم السعودي:

حتى يكتمل عقد هذا الموضوع أي موضوع حجية الأمر المقضي به بالنسبة لحكم التحكيم أجد لزاما مناقشته وفقا لنظام التحكيم السعودي الذي هو بدوره انـزل

---

1 المادة 20 من نظام التحكيم السعودي والماد 54/ أ من قانون التحكيم الأردني تنظـر المحكمـة المختصة في طلب التنفيذ تدقيقاً وتأمر بتنفيذه إلا إذا تبين لها: إن هذا الحكم يتضمن ما يخالف النظام العام في المملكة، وإذا أمكن تجزئة الحكم في ما يتضمنه من مخالفة للنظام العام جاز الأمر بتنفيـذ الجزء الباقي.

حكم التحكيم منزلة الحكم الصادر عن القاضي بحيث إذا لم يتم الاعتراض على الحكم خلال المدة المنصوص عليها في النظام فإنه يصبح واجب التنفيذ، وتخلع عليه المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع الصيغة التنفيذية تماما كالحكم المكتسب للدرجة القطعية الصادر عن المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع،[1] فالنظام نص على ذلك صراحة واعتبر الحكم الذي مضت المدة على الطعن فيه كأنه حكم صادر عن المحكمة التي أشرفت على العملية التحكيمية، وحتى إذا ما تم الاعتراض على الحكم واستنفذ كافة الطرق المقررة للاعتراض عليه فإنه ينفذ كما تنفذ الأحكام القضائية.[2]

ولكن أشير هنا إلى أن الحديث عن موضوع حجية الأمر المقضي به بالنسبة للأحكام القضائية وأحكام التحكيم التي تعتبر بمثابة حكم قضائي وفقا لما هو الحال عليه في المملكة العربية السعودية هو حديث عن مخاض عسير ما بين نظام قضائي قديم رافقه مسلك قضائي معين ونظام قضائي جديد (ربما لا يتواءم معه كثير من السلوك القضائي في ظل النظام القديم) فهو نظام جديد ينظم عمل السلطة القضائية ويقر درجات للتقاضي باستحداث محاكم متخصصة ضمن جسم القضاء العام هي محاكم للدرجة الأولى فيها قضاء تجاري وقضاء مدني، وفي نفس الوقت تم استحداث محاكم للاستئناف تعتبر محاكم درجة ثانية في إقرار صريح لا لبس فيه أن التقاضي في المملكة متجه صوب الاقتناع بان التقاضي لا بد أن يكون على درجتين، وان دور محكمة التمييز في ظل التنظيم القضائي القديم ومهما قيل من أنها تتطرق إلى موضوع النزاع والى القواعد المطبقة أي بصفتها محكمة موضوع ومحكمة قانون هو قول يفتقر إلى الدقة في اغلب القضايا الحقوقية، إذ أنه حتى لو أرادت تلك المحكمة أن تمارس هذا الدور فإن العائق الذي كان أمامها هو الكم الهائل من القضايا بالإضافة إلى التوسع في مسألة أن الاجتهاد القضائي لا ينقض باجتهاد مثله.

---

1 المادة 22 من نظام التحكيم السعودي

2 المادة 44 من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم

ولذا فإن نظام القضاء الجديد والذي يتم تطبيقه تدريجا في المملكة من أولى استحقاقاته أن يتم تعديل كثير من الأنظمة وعلى رأسها نظام المرافعات الشرعية، والتنبه إلى كثير من الأمور التي قد تكون عقبة كأداء حتى في ظل نظام التحكيم الحالي على ما فيه من علل، فعلى سبيل المثال فإن التحول إلى النظام الجديد يعني أن القضايا التجارية ستنظر من قبل المحاكم التجارية وهذه المحاكم ينظم إجراءات التقاضي أمامها نظام المرافعات الشرعية الحالي، فإذا ما دفع بشرط التحكيم أمام هذه المحاكم ورفضت المحكمة هذا الدفع فهل يجوز لمن دفع بشرط التحكيم أن يستأنف هذا الأمر استقلالا أم أنه مضطر للانتظار إلى نتيجة الحكم الفاصل في أساس النزاع، وهي مشكلة كانت ستثور في ظل الوضع السابق إذا ما كان النزاع منظورا أساسا أمام محكمة عامة في نزاع بين أشخاص من غير التجار.

الحقيقة أن مثل هذا الاحتمال كان واردا وهو سيرد في المستقبل كون أكثر من يلجا إلى التحكيم هم فئة التجار، وهو احتمال مبني على سؤال لا إجابة له، إلا بإجراء التعديلات اللازمة في كل الأنظمة التي يعتبر تعديلها أو إصدار غيرها أولى استحقاقات نظام القضاء الجديد.

إن التطرق إلى مثل هذه الاحتمالات بالنظر إلى الآمال المعقودة على نظام القضاء الجديد مقارنة بالنظرة إلى مسلك القضاء السعودي وفقا للنهج الذي سلكه ردحا من الزمن ولا زالت آثاره بادية إلى اليوم يجعل التنبؤ باحترام النظام (القانون) مسألة تتعلق بالفكر الخاص الذي تميز به القضاء السعودي.

فعلى سبيل المثال فإن التطرق إلى مسألة حجية الأمر المقضي به تشير إلى أمثلة مخيبة للآمال فعلى الرغم من أن نصوص نظام القضاء الجديد تشير بوضوح إلى درجات التقاضي والى وجود محكمة عليا هي بمثابة محكمة قانون إلا أن ذلك لا يكفي على ما يبدو وان الأمر يتطلب ترشيدا لمعنى الاجتهاد وبعبارة أخرى العمل على كبح جماح القاضي الفرد في ظل نظام القضاء الجديد، والقاضي الفرد بمفهوم الباحث هو القاضي الذي يدعي الاجتهاد وهو ليس بمجتهد، أو يعامل على أنه مجتهد وهو ليس كذلك، وهو أمر لن يتأتى إلا بالتقنين وجعل الاجتهاد محصورا فيما لا نص فيه وبما يتوافق مع توجه المحكمة العليا باعتبارها محكمة قانون.

إن الحديث عن هذا الأمر أي حجية الأمر المقضي به قد طاولته يد الاجتهاد على ما يبدو حتى بعد اكتساب الحكم قوة الأمر المقضي به حيث حكم قـاض فـي إحدى محاكم مدينة (بريـدة) قبـل عـام مـن تـاريخ 1431/6/3هـ ـ الموافـق 2010/5/17م بحضانة أم لطفلتها وتأيد الحكم من قبل محكم التمييز وأصبح حـائزا لحجية الأمر المقضي به وقوة الأمر المقضي به، إلا أن والد الطفلة جدد النزاع أمام نفس القاضي وليس قاض آخر، فما كان منه إلا أن اصدر حكما جديدا وصفه بأنـه نقض للحكم السابق مستندا إلى مقولة عمر ابن الخطاب لأبي موسى الأشعري حيث نقل عنه أنه نصص في حكمه ما يلي:

(فقد رجعت عما حكمت به سابقاً من حضانة البنت لأمها وحكمت بحضانتها لأبيها... ولا يمنعن قضاء قضيت به اليوم أن ترجع عنه غدا لوصية عمـر لأبـي موسى)[1] ومن الواضح أن الأمر فيه تجديد للنزاع وليس بناء على التماس بإعـادة النظر قدم من المحكوم عليه لمحكمة التمييز وفقا لنظام المرافعات الشرعية، وهـو طريق غير عادي للطعن في الأحكام يشبه إعادة المحاكمة في قـوانين المرافعـات الأخرى، وأسباب التماس إعادة النظر منصوص عليها حصرا وليس من بينهـا أن القاضي اخطأ في اجتهاده أو اخطأ في تطبيق النص بحيث يجوز لمحكمـة التمييـز قبول الالتماس وإعادة القضية من جديد للنظر فيها.[2]

---

1 يشير الباحث إلى انه لم يتمكن من الحصول على صورة من الحكم أو رقمه رغم المحاولـة ولكنـه يشير إلى الملحق رقم (1) في ذيل هذا البحث يورد فيه ما نقلته جريدة الرياض إحـدى كبريـات الصحف السعودية في عددها الصادر في يوم الخميس 26 /7/ 1431 هـ ـ - 8 /8/ 2010م - العدد 15354

وقد نقلت الخبر كما هو حيث تشير الصحيفة إلى أن الحكم الأول تم تأييده من قبل محكمة التمييز وان الحكم الثاني ليس من قبيل التماس إعادة النظر، وان سبب الحكم الجديد هو تغير الاجتهـاد ولـيس لسبب آخر من الأسباب المنصوص عليها في التماس إعادة النظر الذي يشبه إعادة المحاكمـة فـي قوانين المرافعات الأخرى

2 ينص نظام المرافعات الشرعية على:

4/2: النصوص المنشئة لطرق الاعتراض هو: المواد الخاصة بالتماس إعادة النظر من المادة (192 ـ 195).

ويبدو من خلال المثال السابق أن القاضي كان يستند إلى شيء ما من أقـوال بعض الفقه، حيث نجد أن من أئمة الحنابلة من فسر قول عمر بن الخطـاب لأبـي موسى وفق مقتضى يشير إليه (حكم قاضي بريدة).

يقول ابن قدامه في المغني بعد أن تطرق إلى مسائل الخلاف بين الأئمة مثل القضاء بالشاهد واليمين وغيرها:(وحكي عن أبي ثور أنه (أي القاضي) ينقض جميع ما بان له خطؤه، لأن عمر رضي ا عنه، كتب إلى أبي موسى:لا يمنعنك قـضاء قضيته بالأمس، ثم راجعت نفسك فيه اليوم، فهديت لرشدك، أن تراجع فيه الحـق،

193: مدة التماس إعادة النظر ثلاثون يوماً يبدأ من اليوم الذي يثبت فيه علم الملتمس تزوير الأوراق أو بالقضاء بأن الشهادة مزورة أو ظهرت فيه الأوراق المنصوص عليها في الفقرة (ب) من المادة الثانية والتسعين بعد المائة أو ظهر فيه الغش، ويبدأ الميعاد في الحالات المنـصوص عليهـا فـي الفقرات (د، هـ، و، ز) من المادة السابقة من وقت إبلاغ الحكم.

192: يجوز لأي من الخصوم أن يلتمس إعادة النظر في الأحكام النهائية في الأحـوال الآتية:

إذا كان الحكم قد بني على أوراق ظهر بعد الحكم تزويرها، أو بني على شهادة قـضي مـن الجهـة المختصة بعد الحكم بأنها مزورة.

إذا حصل الملتمس بعد الحكم على أوراق قاطعة في الدعوى كان قد تعذر عليه إبرازها قبل الحكم.

إذا وقع من الخصم غش من شأنه التأثير في الحكم.

إذا قضى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو قضى بأكثر مما طلبوه.

إذا كان منطوق الحكم يناقض بعضه بعضاً.

إذا كان الحكم غيابيا.

إذا صدر الحكم على من لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى.

1/192 الأحكام النهائية هي:

أ - الأحكام في الدعاوى اليسيرة التي لا تخضع للتمييز.

ب- الأحكام التي قنع بها المحكوم عليه.

ج- الأحكام التي فات آخر ميعاد للاعتراض عليها.

د- الأحكام المصدقة من محكمة التمييز.

هـ- الأحكام الصادرة من محكمة التمييز

2/195 لأي من الخصوم التماس إعادة النظر مرة أخرى لسبب آخر لم ينظر فيه سابقاً من الأسـباب المنصوص عليها في المادة (192).

فإن الرجوع إلى الحق خير من التمادي في الباطل، ولأنه خطأ، فوجـب الرجـوع عنه، كما لو خالف الإجماع).[1]

هنا تتداخل مسائل معقدة في هذا الأمر وفقا للقـضاء الـسعودي، منهـا أن أعضاء محكمة التمييز لا يبلغون الرتبة التي بلوغوها إلا بعد أن يصلوا إلى مرحلة تؤهلهم للفتيا على الأقل وفق المذهب الحنبلي، فإذا كانت المحكمة قد أمضت الحكـم الأول فهذا يعني أنه تم الاعتراض لديها ورأت أن الحكم صحيح ثم صادقت عليـه، وهي أي المحكمة لم تر أن الحكم قد خالف نصا من كتاب أو سنة أو إجماع، ولكن يبدو من خلال الحكم المشار إليه أنه تم لي نص ابن قدامه الذي علق أمـر الـنقض على أمر كبير وضرب عليه مثالا مخالفة الإجماع، هذا طبعا مع مراعـاة أن ابـن قدامة كان يتكلم عن القاضي المجتهد أو المقلد؟!

ولذا وفي سياق التطرق لحجية الأمر المقضي به فإن المسألة المطروحة أمام أي باحث تتعلق أيضا بالافتئات على الشرعية الإجرائية بزعم أن مقتضيات الاجتهاد وتغيره تتطلب ذلك، وهي جدلية لم يشهدها أي قضاء معاصر حسب علـم الباحـث وبالصورة التي يتم الافتئات فيها على الشرعية الإجرائية، وعلى مفهـوم الاجتهـاد نفسه، كما هو الواقع القضائي في المملكة العربية السعودية.

لذا فإن الثقة بنظام التحكيم وبحجية الأحكام الصادرة عن المحكم تتطلب ثقـة في حجية الأحكام الصادرة عن القضاء العام في الدولة، الذي يفتـرض أن يكـون واعيا لمبدأ هام من مبادئ الشريعة الإسلامية وهو استقرار المعاملات، ففي المثـال السابق فإنه إذا كان الاجتهاد القضائي لا ينقض باجتهاد قضائي آخر، فإن من بـاب أولى أن لا ينقض القاضي اجتهاده باجتهاد آخر من عنـده، مـا دام أن الحكـم إذا صودق من التمييز فمن المفترض أن يحمل على أنه مما يسوغ فيه الاجتهاد، وهذا مبدأ مستقر في الشريعة وفي الفقه الإسلامي، والاستدلال بحديث عمر لأبي موسـى افتئات على مفهوم الاجتهاد ذاته، ذلك أن عمر إنما قصد أن الاجتهاد إذا ما تغير في

1 ابن قدامه، المغني، جـ 14، ص 34

مسألة ما فإن القاضي يحكم وفق اجتهاده الجديد ولكنه لا ينقض ما سبق من قـضاء وفقا لاجتهاده القديم.[1]

---

1 إن التعامل مع نصوص الفقه لم لا يتقن معناها قد يجعل منه شخصا ينزلها منزلة النص من كتـاب ا أو سنة نبيه فيتلقف أول نص يعجبه فيأخذ به، وكما أشار الباحث فان بعض الأحكـام لا يمكـن الوقوف على علتها، كما أن كتب الفقه مقتضبة في إيراد الآراء ولذا جاءت الشرح على المتون فـي مرحلة ما من مراحل مسيرة الفقه الإسلامي وانقل ما جاء في تبصرة الحكام لابن فرحـون حـول نقض القاضي لقضاء نفسه وتعدد الأقوال فيها وكيف أن الفقه تحدث عـن مـسالة انتهـاء ولايـة القاضي، انظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، جـ1، ص 36: (فَصلٌ فِي نَقْضِ الْقَاضِـي أَحكـام نَفْسِهِ، وله ذَلِك إن ظَهر له الْخَطَأُ، وإِن كان قَد أَصاب قَولَ قَائِلٍ

وفِي وثَائِقِ ابن الْعطارِ، ولِلْقَاضِي الرجوع عما حكم بِهِ وقَضى بِما فِيهِ اخْتِلافٌ بين أَهل الْعِلْمِ، ومِمـا تَبين له فِيهِ الْوهم ما دام على خُطتِهِ

فَإِن عزلَ أَو ماتَ بعدما حكم بِهِ لَم يكُن لِغَيرِهِ فَسخُ شَيءٍ مِن أَحكامِهِ مِما فِيهِ اخْتِلَافٌ، وإِن كان وجهـا ضعِيفًا

وفِي (الطرر على التهذِيبِ) لِلطنْجِي:إذَا قَضى الْقَاضِي بِقَضِيةٍ فِيها اخْتِلافٌ ووافَقَ قَولًا شَاذا نُقِـض، وإِن لَم يكُن شَاذا لَم ينْقَض ومراده بِالشاذ والله أَعلَم مِثْلُ الْقَول بِشُفْعةِ الْجِوار، وسيأْتِي بيان ذَلِـك - إن شَاء الله تَعالَى - وقَالَ سحنُون:إذَا قَضى الْقَاضِي بِقَضِيةٍ، وكان الْحكْم مخْتَلَفًا فِيهِ، وله فِيـهِ رأْي فَحكم بِغَيرِهِ سهوا فَلَه نَقْضه.

وقَالَ ابن راشِدٍ:ووجه سهوِهِ أَو غَلَطِهِ لا يعرفُ إلا مِن قَولِهِ.

قَالَ ابن عبدِ السلَامِ:وقَد تَشْهد عِنْده بينَةٌ أَن رأْيه كان غَير ذَلِك وأَنه حكم بِهِ سهوا كَما تَشْهد هذِهِ الْبينَـةُ عِنْد غَيرِهِ فَيجِب عليهِ حِينَئِذٍ نَقْض ذَلِك الْحكْمِ أَيضا، وكَون ذَلِك الْحكْمِ قَد وقَع مِنْه لَا يمنَـع مِـن أَن ينْسى ما كان قَد عزم عليهِ أَولا، ولَيس لِغَيرِهِ نَقْضه، وإِن كان رأَى بعد الْحكْمِ رأْيا سِواه لَم ينْقُـضه وفِي مخْتَصرِ الْواضِحةِ قَالَ ابن حبِيبٍ وأَخْبرنِي مطَرفٌ وابن الْماجِشُون عن مالِكٍ رحِمه الله وعن غَيرِهِ مِن علَماءِ الْمدِينَةِ فِي الْقَاضِي يقْضِي بِالْقَضاءِ ثُم يرى ما هو أَحسن مِنْه فَيرِيد الرجوع عنْه إلَى ما رأَى فَذَلِك له ما كان علَى ولايتِهِ الَّتِي فِيها قَضى بِذَلِك الْقَضاءِ الَّذِي يرِيد الرجوع عنْه، فَإِن كان الْقَضاء الأَولُ مِما لَو قَضى بِهِ

اضٍ لَم يجز لِهذَا نَقْضه فَلَيس له نَقْضه، وقَالَ لِي أَصبغُ مِثْلَه.

وقَالَ ابن عبدِ الْحكَمِ:لَم أَسمع أَحدا مِن أَصحابِنَا اخْتَلَفَ فِي ذَلِك

وأَنَا لا أَرى ذَلِك، وقَضاؤُه وقَضاء غَيرِهِ عِنْدِي واحِد لا يرجِع عما اخْتَلَفَ فِيهِ، ولا إلَى ما هو أَحـسن مِنْه حتى يكُون الأَولُ خَطَأً بينًا صراحا، قَالَ ابن حبِيبٍ:وقَولِي علَى ما اجتَمعوا علَيهِ مِن ذَلِك

وقَالَ سحنُون أَيضا لا يجوز فَسخُه، قَالَ ابن الْحاجِبِ:، ولَو حكم قَصدا فَظَهر أَن غَيره أَصوب، فَقَـالَ ابن الْقَاسِمِ بِفَسخِ الأول وقَالَ ابن الْماجِشُون وسحنُون: لا يجوز فَسخُه وصوبه الأَئِمةُ، يعنِي وصوبه

وكل ما تم التطرق إليه آنفا يشير إلى أن مفهوم الاجتهاد لدى القضاء السعودي قـد اتخذ منحنى خطيرا وصل إلى حد الافتئات على مفهوم الاجتهاد وعلى النـصوص الناظمة لعملية التقاضي بشكل يشير إلى تغاضي محكمة التمييز عن وضع حد لهـذا الأمر مما جعل مفهوم الاجتهاد يتوسع بشكل خطير يتنـافى مـع ابـسط المبـادئ الأساسية للتقاضي، حتى وصل الأمر إلى حد الاجتهاد من قبل قاضي الحكـم بـان ينكر على الخصوم تقديم البينات المنتجة في الدعوى فيحكم في الدعوى ضـد مـن حرم من تقديم البينة، فيرفع الأمر إلى محكمة التمييز التي توجه بدورها القاضي بان يستمع إلى البينة التي حرم المميز من تقديمها فيتم الإصرار علـى الحكـم فيرفـع للتمييز مرة أخرى فتصادق التمييز على الحكم دون أن يستجيب القاضـي لطلبهـا، وهو ما لا يمكن تفسيره إلا بموافقة التمييز على أنه لا يجوز نقض اجتهاد القاضـي في عدم سماع البينة رغم أن البينة هي من نوع البينة الشخصية في الحجـر علـى السفيه.[1]

3.5 مراجعة حكم التحكيم في الفقه الإسلامي ونظام التحكيم السعودي:

1.3.5 الفقه الإسلامي ومفهوم النقض وعلاقته بمفهوم التقاضي على درجات:

النقض بمفهومه اللغوي:إفساد ما أبرمته من عقد أو بناء أو غيـره، يقـال: نقضت الحبل نقضا حللت برمه، ومنه ما يقال:نقضت ما أبرمه:إذا أبطلته، فـالنقض ضد الإبرام؟[2]

أَئِمةُ الْمتأَخرين قِياسا على حكْمِ غَيرِهِ ؛ ولأنه لو كان له نَقْض هذَا لِرأْيِهِ الثانِي لَكان له فَسخُ الثـانِي والثالِثِ، ولَا يقِفُ على حد، ولَا يثِقُ أَحد بِما قَضى له بِهِ وذَلِك ضرر شَدِيد، وقِيلَ:إن كان الْقَـضاء بِمالٍ فَسخَه، وإِن كان ثُبوتَ نِكاحٍ أَو فَسخَه لَم ينْقُضه، قَالَ ابن راشِدٍ:والْمـشْهور هـو الأولُ وهـو الصواب ؛ لِأَنه رجوع إلى الصوابِ.

وقَالَ لِي مطَرفٌ وابن الْماجِشُون وأَصبغُ:ولَو عزلَ الْقَاضِي ثُم ولي فَأَراد نَقْض قَضاءٍ كان قَد قَضى بِهِ فِي ولايتِهِ الأولَى والرجوع عنْه إلَى ما هو أَحسن مِنْه لَم يجز ذَلِك له إلا على ما يجوز له مِن نَقْضِ قَضاءِ غَيرِهِ قَبلَه إن كان خَطَأً بينًا لَم يخْتَلَفْ فِيهِ، أَو أَمرا شَاذا مِما اُخْتُلِفَ فِيهِ)

1 الملحق رقم 2 حكم قضائي صادر عن احدى المحاكم السعودية – غير منشور

2 وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 41، ص 149، بالإشارة إلى جاء فـي القـاموس المحيط للفيروز أبادي والى ما جاء في المصباح المنير وتهذيب الأسماء واللغات للنووي

وعرفه عبد ا آل خنين بأن المراد به وفقا لنظام المرافعات الشرعية المأخوذة معظم مصطلحاته من الفقه الإسلامي بأنه: إظهار بطلان الحكم من أصله عند تحقق موجبه.[1]

ومما سبق فإن النقض يحمل معنى يشير إلى أن الحكم بعد نقضه يصبح كأن لم يكن بحيث لا يعود له وجود.

فإذا كان هذا هو مدلول النقض في الفقه الإسلامي بالنسبة للحكم القضائي فإنه بالعودة إلى ما أشار إليه الباحث من أن حكم التحكيم ينزل منزلة الحكم الصادر عن القاضي المعين من قبل الدولة وفقا للفقه الإسلامي سواء فقه السلف أم الفقه المعاصر.

عليه فإذا لم يتم الطعن فيه ورضي به الخصمان أصبح واجب التنفيذ مكتسبا لقوة الأمر المقضي به.

وعلى الرغم من عدم معرفة الفقه الإسلامي لمصطلح قوة الأمر المقضي به (أي استنفاذ حكم القاضي أو حكم التحكيم كل طرق الطعن) **فذلك لأن هذا الفقه لم يكن يعرف درجات التقاضي،** وان الحديث عن نقض الحكم عملية لم تكن منصصة للدلالة على أنها الأصل بل تم التطرق إلى النقض على أساس أنه استثناء، فكان التطرق إليه قد تم تنصيصه في أقوال الفقهاء على سند من الواقع الموضوعي لكل حكم على حده وليس بالنسبة لكل الأحكام، بحيث يتوقف النقض على من يريد اللجوء إليه من أطراف الحكم بعد أن يقدر صاحب الشأن الأسباب التي يستند إليها وفقا للفقه لتكون هذه الأسباب هي دافعه إلى طلب النقض.[2]

---

1 آل خنين، عبد ا بن محمد آل خنين، الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، جـ 2، ص 245، الطبعة 2، 1430هـ / 2009م، طبعة خاصة امتازت بتوزيعها مكتبة العبيكان

2 ويمكن تفسير هذا الأمر إلى ما يعتقد الباحث أنه خصوصية تتعلق بكل حقبة زمنية، وربما كان للأحكام - سواء الصادرة عن القاضي أو المحكم - من الاحترام ما ينأى بها عن تعرضها للطعن لمجرد كسب الوقت كما يحصل في حاضرنا الذي تعددت وتنوعت منازعاته بشكل لا يقارن مع العصور الغابرة وهي إشكالات تداخلت فيها عوامل التقدم التقني وتغيرت وتطورت أعراف المعاملات سواء في مجال التعاملات الداخلية أم الدولية، مدنية كانت أم تجارية.

إن الحديث عن استخدام مصطلح النقض على ما يبدو قد مر بأطوار متعددة، بحيث اتسع نطاق أسباب النقض في أقوال الفقهاء كلما ابتعدنا عن الحقبـة النبويـة باتجاه الحقب اللاحقة، فعلى سبيل المثال فإن الحقبة المثالية للدولة الإسلامية لم تشهد نقضا لحكم على سند من وقوع جور أو ظلم من القاضي، ولكـن المتتبـع لتـاريخ القضاء في الإسلام يجد أن الفترات اللاحقة لتلك الحقبة المثالية جعلت الفقه يتحـدث عن التوسع في الأسباب التي يمكن أن ينقض بها قضاء القاضي وبطبيعة الحال حكم المحكم، فتم التطرق إلى مسألة الجور والظلم في الحكم كأحـد الأسـباب الموجبـة للنقض على الخلاف لدى الفقه في معالجة حالات الجور والظلم كما أشير سابقا، كل ذلك مع تركيز واضح على أن اغلب ما يمكن أن ينقض به قضاء القاضي هو الخطأ في تطبيق القواعد والأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والقياس الجلي، والحكم بناء على دليل مع وجود ما هو أقوى منه بشكل يغير وجه الحكم، فكان للتمـذهب دوره في رسم ملامح ما يجب نقضه وما لا يجب نقضه باعتبار أنه بالنـسبة لمـا يجـب نقضه يعتبر عدم نقضه أمرا منطويا على مخالفة للنظام العام الشرعي.

إن التطرق لأسباب النقض وفقا للمذاهب الفقهية يختلف اختلافـا كليـا عـن الأسباب التي كانت متداولة كأسباب لوجوب نقض حكم القاضي أو المحكـم وفقـا للحقبة الأولى لبداية الحضارة العربية الإسلامية وكذلك لحقبة الصحابة بعد انتقـال النبي ﷺ إلى الرفيق الأعلى حيث توسعت فيما بعد مصادر الأدلة التي يمكـن بنـاء الحكم عليها، مما أدى إلى رسم معالم نسبية لمفهوم النظام العام الشرعي وفقا لكـل فقه، ولكن هذا لم يمنع من الوصول إلى صيغة توفيقية في الحكم فيما يـسوغ فيـه الاجتهاد، بحيث لا يجوز نقض الاجتهاد القضائي باجتهاد قضائي مثله.

على أنه إذا كان قد عرف في الفقه الإسلامي ما يسمى بقيام القاضي يـنقض أحكام نفسه إذا ما تبين له أنها خالفت دليلا صريحا فإن هذا الأمر لا يمكن أن ينطبق على الحكم الصادر من المحكم، ذلك أن الطبيعة التعاقدية تنأى بحكـم التحكـيم أن يصل في التشابه مع حكم القاضي وفقا للفقه الإسلامي إلى الدرجة التي يسمح فيهـا للمحكم بان ينقض حكم نفسه بنفسه إذا ما تم الاعتراض لديه على سند من مخالفـة لنص أو إجماع على سبيل المثال، ذلك أن ولايته تنتهي بمجرد صدور حكم التحكيم

ولا يستطيع إعادة النظر فيما حكم فيه إلا بتجديد الاتفاق بين الخصوم من جهة وبينهم وبين المحكم من جهة أخرى.

أن التقسيم الموضوعي لأسباب النقض ربما يشي بما انتهى إليه كل فقه فيما يتعلق بحدود النظام العام الشرعي، ولكن ذلك ربما سيكون في نسق طرح كلاسيكي وهو ما يحاول الباحث الابتعاد عنه خاصة أن مفهوم النقض أو عدم النقض إذا ما تم النظر إليه بشكل عام أي بالنظر إلى الفقه الإسلامي ككتلة واحده فإنه حمال أوجه كما قيل، ولكن هذا الأمر وفق هذه النظرة بالنسبة لعصرنا ربما هو كذلك، ولكنه كان يحمل وجها واحدا حسب الحقبة وحسب كل فقه ومفهومه لما يمكن أن يكون محلا للنقض من عدمه.

ولذا فإن الأبواب التالية تتضمن في ثناياها محاولة لتفهم تطور مفهوم النظام العام وفقا لكل فقه.

2.3.5 ارتباط نقض حكم القاضي بمسألة نقض اجتهاد المفتي (معالم النظام العام الشرعي وفقا لكل فقه)

1.2.3.5 النقض وعلاقته بالخلاف حول مفهوم مخالفة النص والإجماع:

لقد ارتبط استخدام مصطلح عدم النقض لدى جمهور الفقه بمسألة الإفتاء ومسألة القضاء معا بحيث ينطبق على ما ينقض من اجتهاد للمفتي على ما ينقض من حكم للقاضي أو المحكم المجتهد، وحديث الفقه عن القضاء والفتوى يفترض أن القاضي مجتهد وأن المفتي مجتهد[1] وقد تطرق الباحث فيما مضى من هذا البحث إلى

---

1 راجع في هذا المفهوم ما تشير إليه: وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 41، ص 102 وراجع: البهوتي، كشاف القناع، جـ 15، ص 31- 32. حيث ذكر صاحب كشاف القناع فيما ينسبه لابن حزم أن القاضي لا بد أن يكون مجتهدا وأنهم اجمعوا على انه لا يحل لحاكم ولا لمفت تقليد رجل لا يحكم ولا يفتي إلا بقوله لان فاقد الاجتهاد إنما يحكم بالتقليد، والقاضي مأمور بالحكم بما انزل ا ، ولان المفتي لا يجوز أن يكون عاميا مقلدا، فالحاكم أولى (ولو) كان اجتهاده (في مذهب إمامه) إذا لم يوجد غيره (للضرورة) – لكن في الإفصاح ويعني كتاب الإفصاح:أن الإجماع انعقد على تقليد كل المذاهب الأربعة، وان الحق لا يخرج عن سواهم، ثم ذكر أن الصحيح في هذه المسألة أن قول من قال:انه لا يجوز تولية إلا تولية مجتهد، فإنه إنما عنى به ما كانت عليه

أن شروط القاضي كانت مستمدة من شروط المجتهد وهي شروط كثيرة تشير إلى أن المجتهد ما هو إلا مشترع إذا لم يجد نصا أو دليلا.

ويجمع جمهور الفقه وفقا للشروط التي وضعوها في المفتي المجتهد والقاضي المجتهد أن حكم أحدهما أو فتواه لا يجوز نقضهما، وإن حصل ونقض اجتهادهما فإن في ذلك مخالفة صريحة لقواعد النظام العام الشرعي.[1]

أما متى ينقض اجتهاد القاضي أو المفتي والذين يفترض أنهما بلغا رتبة الاجتهاد، فإن جمهور الفقه مجمع على أنه يسقط القضاء والفتيا أمام الدليل فلا يجوز نقض اجتهاد المفتي ولا قضاء القاضي الذي بلغ رتبة الاجتهاد إلا إذا كان الحكم مخالفا لنص من كتاب الله أو السنة أو الإجماع [2]، ووفقا لجمهور الفقه تتحدد ملامح النظام العام الشرعي وحدوده بحيث يكون عدم النقض مع وجود مخالفة للنص (الكتاب والسنة) أو الإجماع أمرا منطويا على مخالفة للنظام العام الشرعي.

إلا أن الشافعية وسعوا من دائر النظام العام الشرعي بالقول: إن حكم القاضي المجتهد وإفتاء المفتي المجتهد يجب نقضهما إذا ما خالفا قياسا جليا[3] ووفقا لهذا المنهج الشافعي فإن ذلك يشير بالضرورة إلى أن اجتهاد القاضي إذا لم يكن مبنيا على نص من الكتاب أو السنة أو الإجماع وكان مبنيا على دليل آخر وهذا الدليل يخالف القياس الجلي فإن هذا يعني افتئاتا على النظام العام الشرعي إذا لم يتم نقضه[4] وهذا التوسع في دائرة النظام العام الشرعي لدى الشافعية يشير إلى أنهم يقدمون

قبل استقرار ما استقرت عليه المذاهب، وقال الموفق في خطبة " المغني " النسبة إلى إمام الفروع كالأئمة الأربعة ليست بمذمومة، فان اختلافهم رحمة، واتفاقهم حجة قاطعة

1 راجع مفهوم ذلك في: وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 41، ص 152

2 وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 41، 152 - 153

3 ابن قدامه، المغني، جـ 14، ص 34.

وكذلك وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 34، ص 82

4 مثلوا للقياس الجلي كقياس تحريم الضرب على التأفيف بالوالدين لقوله تعالى (فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما) (الإسراء: 23) وراجع في ذلك: وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 41، ص 152

القياس كأصل من أصول مذهبهم على غيره من الأدلة من غير الكتاب والسنة والإجماع، وهو توسع ينحى باتجاه مدرسة الرأي.

وهكذا ارتبط القضاء بالإفتاء في شخص قاض ومفت هما في الأصل ممن بلغوا رتبة المجتهد وفقا لرأي الجمهور، وما كان من رأي للشافعية تتضح معه معالم نسبية مفهوم النظام العام الشرعي - في مرحلة ما بعد التمذهب - بخصوص ما يجب نقضه وما لا يجب نقضه من أحكام القضاء وفتوى المفتين.

فإذا كان القرآن والسنة والإجماع هي القاسم المشترك في تحديد معالم النظام العام الشرعي، فيبدو أن ما عدا هذه تعتبر مسألة نسبية، وبعبارة أخرى فإن القضاء المبني على دليل ظني الدلالة لا يعتبر افتئاتا على النظام العام الشرعي حتى لو خالف القياس الجلي بينما يعتبر هذا الأمر افتئاتا على النظام العام الشرعي وفقا للفقه الشافعي إذا خالف القياس الجلي.

إن ما يوضح الصورة النسبية لمعالم النظام العام الشرعي لا يمكن الخلوص إليه إلا باستعراض رأي الحنفية عن مفهوم النص[1] والإجماع، حيث يرى فقهاء الحنفية أن المراد بوجوب النقض إذا ما خالف الحكم نصا من كتاب الله أو سنة رسوله أو الإجماع يتوقف على تحديد المقصود بالنص في القرآن والسنة وتحديد مفهوم الإجماع، فمخالفة النص القرآني التي توجب النقض هي المخالفة لنص لا خلاف عند السلف في تأويله[2] وأما المراد بمخالفة السنة فالمقصود بها السنة

1 حاشية ابن عابدين، جـ 8، ص87. حيث جاء فيها: (قوله: (أو سنة مشهورة) قيد المشهور احترازا عن الغريب، ولا بد ها هنا من تقييد الكتاب بأن لا يكون قطعي الدلالة، وتقييد السنة بأن تكون مشهورة أو متواترة غير قطعية الدلالة، وإلا فمخالفة المتواتر من كتاب الله أو سنة إذا كان قطعي الدلالة كفر)

2 مثلوا على ذلك كما جاء في قوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) (النساء:22) فالسلف اتفقوا على عدم جواز تزوج امرأة الأب وجاريته التي وطأها الأب، فلو حكم قاض بجواز ذلك نقضه من رفع إليه، راجع في ذلك: وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 41، ص 155

المشهورة[1] وان المراد بالمجمع عليه ما اجتمع عليه الجمهور أي جل الناس وأكثرهم ومخالفة البعض عند الحنفية غير معتبرة لأن ذلك خلاف لا اختلاف.[2] [3]

وتبدو الصورة أوضح فيما ذهب إليه الباحث عندما قالوا أن الحكم ينقض إذا كان حكما لا دليل عليه قطعا [4] وضربوا عليه مثالا التقادم بسبب ترك الدعوى.

وعليه فإنه وفقا للمذهب الحنفي فإن الحكم خلاف النص من القرآن أو السنة ظني الثبوت لا يعتبر افتئاتا على النظام العام الشرعي، في إشارة واضحة إلى أن منهج الفقه الحنفي باعتباره منهجا يمثل مدرسة الرأي التي كانت تتشدد في قبول الرواية عن الرسول ﷺ وتمثل توجها يمكن رصده لمرحلة ما بعد التمذهب تشير إلى خلاف حول مفهوم مخالفة النص والإجماع.

---

1 كالحكم بحل المطلقة ثلاثا للزوج الأول بمجرد النكاح بدون دخول الزج الثاني لان اشتراط الدخول ثابت في حديث العسيلة – راجع في كل ذلك: وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 41، ص 155

في إشارة إلى رأي الحنفية واستنادهم إلى حديث العسيلة الذي أخرجه البخاري (فتح الباري) 464/9 الطبعة السلفية ومسلم (1056/2) طبعة الحلبي

2 وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 41، ص 155

3 ابن حزم، أبي محمد علي بن احمد بن سعد بن حزم، الأحكام في أصول الأحكام لفخر الأندلسي،المجلد 4، ص 678 وما بعدها، ط 1، 1419هـ /1998م، دار الحديث، القاهرة.

حيث تطرق إلى عشرات الأقوال في مسألة الإجماع واختلاف وجوهه وما قيل فيها وتكلم عن المقصود بالإجماع وما قيل فيه من أقوال هل هو إجماع الصحابة أم الأعصار بعدهم حيث أشار إلى قول البعض أن لا إجماع إلا إجماع الصحابة الخ مما لا يتسع مقام لذكره

4 علي حيدر، المرجع السابق، مجلد 4، ص 632. حيث جاء في شرح المجلة نقلا عن العناية و الهداية: (الأحكام المخالفة للإجماع: كأن يعرض الحكم الذي أصدره قاض في مسألة اجتهادية على قاض آخر فيحكم القاضي الآخر بإبطال الحكم الأول، أو كالحكم بسقوط الدين لترك المدعي الدعوى بضع سنوات فإنه لا دليل شرعيا يدل عليه)

وراجع كذلك: السمناني، روضة القضاة وطريق النجاة، جـ 1، ص 319.

2.2.3.5 التوسع في الأخذ بأدلة جديدة للأحكام وعلاقته بالنقض:

إن الخلاف الذي أشير إليه آنفا امتد إلى خلاف حول الأخـذ بأدلـة جديـدة للأحكام سواء في الفتيا أم القضاء.

وإن المثال الواضح على هذا الأمر يتمثل بحجية الأخذ بقول الصحابي كدليل على الحكم، حيث لا خلاف بين الأصوليين في أن قول الصحابي في مسائل الاجتهاد التي ليس فيها نص ليس بحجة على صحابي آخر مجتهدا كان أو إماما أو حاكما أو فقيها، وإنما الخلاف المشهور بينهم هو في حجية قول الصحابي على التابعين ومـن كان بعدهم من المجتهدين.[1]

ففي ذلك جاءت آراء متعددة للفقه، حيث اعتبره الشافعي في قولـه الجديـد عدولا عن قوله القديم أنه ليس بحجة مطلقا فهو كقول بقية المجتهدين، وهذا ما ذهب إليه جمهور الأصوليين من الشافعية وأشار إليه احمد بن حنبل، وقال فيـه بعـض المالكية: أن هذا ما يقتضيه مذهب مالك، وأما القول الثـاني فجـاء فيـه أن قـول الصحابي حجة شرعية مقدمة على القياس وهذا ما ذهب إليه أكثر الحنفية، ونقل عن مالك ذلك، وهذا القول هو القول القديم للإمام الشافعي، وقد روي عن أبـي حنيفـة قوله إذا اجتمعت الصحابة سلمنا لهم وإذا جاء التابعون زاحمناهم، وأما القول الثالث أنه حجة إذا انضم إليه القياس فيقدم حينئذ على قياس ليس معه قول صحابي، وهـذا قول الشافعي الجديد والذي نص عليه في كتابه (الرسالة) وقال: أقوال أصحاب النبي إذا تفرقوا أي اختلفوا ينظر منها إلى ما وافق الكتاب أو السنة أو الإجماع أو كـان اصح في القياس، ورأي قال إن قول الصحابي حجة إذا خالف القياس لأنه لا محمل لمخالفته إلا بالتوقيف فيعلم أن ما قاله إلا توقيفا.[2]

ويلاحظ أن هناك اختلافا في مدى حجية قول الصحابي كما جاء في المحيط إذا كان هناك اختلاف بين الصحابة في الحكم حيث يقول صاحب كتاب المحـيط [3]

---

1 وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 34، ص 82

2 وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 34، ص 82

3 الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد ا الزركشي الشافعي، البحر المحيط في أصول الفقه، جـ 6، ص 86، ط (بدون)، 1992م، منشورات وزارة الأوقاف الكويتية، دار الصفوة، الكويت.

حيث ينقل في الرأي الثالث المشار إليه فيما يتعلق بمسألة الترجيح مـا جـاء عنـد الشافعي في الرسالة فقال: نصير منها إلى ما وافق الكتاب أو السنة أو الإجمـاع أو كان اصح في القياس وهو الأصح،... ويضيف صاحب كتاب البحر المحيط بقولـه: واحتج ابن عبد البر باتفاق الصحابة على تخطئة بعضهم بعضا ورجوع بعضهم إلى قول غيره عند مخالفته إياه، وهو دليل على أن اختلافهم خطأ وصواب.

وحاصل الخلاف في هذه المسألة تمخض عن ثلاثة أقـوال أولهـا سـقوط الحجية وأنه لا يعتمد قول منها والثاني التخير فيأخذ بقول من شاء منهم والثالث أن يعدل إلى الترجيح.[1]

ومن خلال ما سبق نجد أن حدود النظام العام الشرعي وفقا لنظرة كل فقـه لأدلة الأحكام تختلف من فقه إلى آخر ولذا كان الخلاف فيما يعد بالنسبة للحكم القابل للنقض والحكم غير القابل للنقض، لذا فإن مثل هذا الاختلاف ربما كان الدافع إلـى الحديث فيما بعد عن مشروعية قيام بإلزام القاضي بان يحكم وفقا لمذهب معين حتى يعرف الأفراد بأي القواعد سيحكمون وفق ترتيب كل فقه لأدلة الأحكام فيمـا عـدا الكتاب والسنة والإجماع، ويعتقد الباحث كما يعتقد من قبله إلى أن الـدعوة لإلـزام القاضي بمذهب معين ربما تكون النواة الأولى لبذور الـدعوة إلـى تقنـين الفقـه الإسلامي.[2]

ووفقا لما سبق فإن الباحث يرى: أن مثل ما أشير إليـه آنفـا لا يمكـن أن تستوعبه آليات القضاء والتحكيم في عـصرنا، وأن المنطـق القـانوني المعاصـر واستحقاقات وجود ما يسمى الفصل بين السلطات تشير لزاما إلى فصل بين الفتوى والقضاء، وان القضاء الإسلامي لا بد أن يتخذ أحد منهجين، فإما الأخذ بنـصوص ثابتة مقننة مع النص على أنه لا اجتهاد في مورد النص، أو الأخذ بنظام الـسوابق القضائية وذلك لاعتبارات منها.

---

1 راجع بقية لدى: الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، ص 68 - 69.

2 انظر رأي عبد الرحمن الجرعي، تقنين الشريعة بين المانعين والمجيزين، المشار إليه في الهـامش: 415 الذي أشار إليه الباحث عند التطرق إلى مسالة الخلاف حول التقنين وقوله أن التقنين ما هو إلا إلزام للقاضي بالحكم وفقا لمذهب معين

أولا: أن الفقه الاسلامي استقر ولدينا ثروة فقهية كبيرة لا تحتاج إلا لجهود من نوع خاص كالتي جاءت في المشروع الذي طرحه الملك عبد العزيز في عشرينات القرن العشرين.

ثانيا: أنه وعطفا على ما سبق فإنه لا يمكن القول بالتوسع فـي الاجتهـاد بالنـسبة للقضاء وفقا للمعطيات السابقة التي تم الإشارة إليها لأن واقع القضاء في عـصرنا مختلف تماما عن واقع القضاء في تلك الحقبة وواقع القاضي الفرد وتأهيله يختلـف عن واقع القاضي الفرد وتأهيله وفق فقه السلف، والقول بغير ذلك يعني افتئاتا على مبدأ الفصل بين السلطات الذي أصبح مبدءا من مبادئ الحكـم فـي ظـل الدولـة المعاصرة.

ثالثا: أن التقنين ولا شيء غيره هو الضمانة الوحيدة لتحقيق مبادئ العدل وإعطـاء شعور واضح لدى كل من هم تحت ولاية القضاء الاسلامي بأنهم متـساوون فـي المراكز القانونية عند دخولهم في عملية التقاضي، وأول الإشارات هي أنهم يعرفون بأي القواعد سيحكمون.

رابعا: أنه لا حجة لمن يعارض مثل هذا التوجه على سند من القول إن هـذا يقفـل باب الاجتهاد، وذلك برأي الباحث يعود إلى أن التفسير والتأويل مفتـوح لمجتهـدي الأمة إلى يوم الدين، وإذا كان الفقه الاسلامي قد استقر على أنه لا اجتهاد مع النص، فإن هذه القاعدة يجب أن يحكم بها أولا القضاء الاسلامي، وأما الفقه الاسلامي فيبقى فقها ولكل من يرى الاجتهاد في تفسير أو تأويل جديد أن يدلي بدلوه ولكن في حدود كون الأمر فقها لا تشريعا، وإذا كان من تبني من قبل سلطة الدولـة لهـذا الـرأي الفقهي أو ذاك فتلك مهمة الدولة وفق آليات الاشتراع في الدولة المعاصرة.

إن كل ما أشير إليه آنفا يعيدنا إلى كل تلك الإشارات عن الحاصل في واقـع القضاء السعودي الذي تشير بعض أحكامه أن القاضي يتمثل دور القاضي المجتهـد ليدخل إلى دائرة الاجتهاد أو الاشتراع في افتئات واضح على معطيات الواقع وهـو واقع يشير إلى أن الاجتهاد المنوط بالقاضي لا يمكن أن يصل إلى الـصورة التـي وصل إليها في المملكة العربية السعودية وهو بـرأي الباحـث اجتهـاد مـذموم لا محمود، وفيه افتئات على الحق في أن يكون الناس متساوون أمام القضاء، كما فيـه

ما فيه من افتئات على سلطة الدولة، وهو توسع لمن لا يملك المقومات كي يتوسـع في الاجتهاد.

لذا فإنه إذا كان من المتفق عليه أن لا اجتهاد مع النص، فإن واقع القضاء في المملكة العربية السعودية لا بد أن يتم المضي به باتجاه قاعدة جديدة مترافقـة مـع التقنين وهي أن الاجتهاد الجديد خلافا لما هو مقنن يجب على الأقل أن يشار إليه أنه اجتهاد جديد حتى يعلم المدعي والمدعى عليه أنه اجتهاد جديد، وإلا أصبح الاجتهاد مدخلا للظلم بين المتقاضين.[1]

3.3.5 النقض لمخالفة التشريع كانت أولى صور النقض في الفقه الإسلامي

أشار الباحث إلى أن مسألة تبويب مفهوم النقض وعدم الـنقض فـي الفقـه الإسلامي مسألة غاية في الدقة، فإذا ما أريد الحديث عن نظرة معاصرة لما يـنقض وما لا ينقض فإن الحديث بالضرورة يشير إلى فقدان كثير من مبررات الـنقض أو عدم النقض وفقا لواقع اليوم.

وتحليل ذلك أن فقه السلف تبرز لديهم مسألة الخلاف النظري المجـرد دون وجود مسائل عملية كانت هي محل الخلاف وكان لهم فيها أقوال، وهي مسائل ربما لا يوجد نظير لها في حاضرنا، ولكن التعرض للفتوى والقضاء في هـذه المـسائل افرز حديثا عن أدلة كل طرف في فتواه أو قضاءه في المـسألة محـل الفتـوى أو القضاء، فكان من نتيجته أن تم البدء في الحديث عن سبب الخلاف دون الالتفات إلى ذات المسألة، إذ أن ذات المسألة تم تجاوزها بحيث يحمل القضاء فيها على أي رأي على أنه اجتهاد صحيح، ولكن الخلاف بدأ حول علة كل طرف فيما ذهب إليه مـن

---

1 ومثل هذه الحلول ورد النص عليها في القانون المدني النموذجي التي لم تقفل باب الاجتهاد، ولكـن مع وجود قاعدة أن لا مساغ للاجتهاد في مورد النص.

اتجاه بشكل افرز خلافا حول ترتيب الأدلة لدى كل فقه في كل مسألة أخرى مشابهة للمسألة الأولى.[1]

فإذا كان الحديث عن أن بداية عصر النبوة حضت على الاجتهاد بدليل حديث معاذ بن جبل للرسول ﷺ فإن ذلك وإن كان يؤسس لما يسمى فقه الاجتهاد الذي من المفترض أن يكون ديدن الفقه الإسلامي في كل عصر، فإن حاضرنا يشي بمـسألة واقعية تشير إلى ضرورة أن يتم الحديث عن هذا الأمر في فصل تام بـين الفتـوى والقضاء.

إن الفترة الأولى لبداية الدولة الإسلامية شهدت فتحا لبـاب الاجتهـاد علـى مصراعيه لكل من تولى القضاء، وهي فترة كما ذكر الباحث وان كانت تؤسس لمبدأ مستقر في شرعنا العظيم يشير إلى أن الاجتهاد ضرورة إلا أن ذات تلك الفترة كانت فترة التشريع، ومن سمات التشريع الإسلامي والوحي القرآني أنه جاء بالتدرج ولـم يأت دفعة واحدة، وكانت ساحة القضاء بين الناس هي الساحة الخصبة التي يمكـن من خلالها التشريع، فهذه الفترة لها من الخصوصية ما لا يمكن لأي فتـرة لاحقـة عليها أن تكون لها نفس معطيات تلك الفترة من الناحية الواقعية والتشريعية.

إن خير دليل على خصوصية هذه الفترة وكما أشار الباحث آنفا وكما جـاء فيما اثر في كتب الفقه أن الرسول نفسه ﷺ كان يقضي ويأتي القرآن بغير ما قضي فيمضي قضاؤه الأول ويستقبل القضاء الجديد وفقا لما نزل به القرآن، أمـا الفتـرة

---

1 يؤرخ صاحب كتاب المغني لبعض ما كان من خلاف وذكر بالمجمل ودال على مسائل بعينها ومما جاء في المغني (وعن مالك، وأبي حنيفة، أنهما قالا:لا ينقض الحكم إلا إذا خالف الإجماع. ثم ناقضا ذلك فقال مالك:إذا حكم بالشفعة للجار نقض حكمه. وقال أبو حنيفة:إذا حكم ببيع متروك التسمية، أو حكم بين العبيد بالقرعة، نقض الحكم. وقال محمد بن الحسن:إذا حكم بالشاهد واليمين، نقض حكمه. ويعقب على ذلك كله بالقول:وهذه مسائل خلاف موافقة للسنة ثم يضيف:واحتجوا على انه لا ينقض ما لم يخالف الإجماع بأنه يسوغ فيه الخلاف، فلم ينقض حكمه، كما لا نص فيه) ويلاحظ انه مـن وجهة نظر صاحب كتاب المغني فإنه يحمل رأي الحنفية على انه في بعض المواقف لا يلتفت إلـى الإجماع ولكن الصحيح أن ذلك يتعلق بنظرة الحنفية لمفهوم مخالفة الإجماع، ومع ذلك نجد أن الفقه الإسلامي وصل إلى صيغة توفيقية تجلت في نظرية أن الاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله – راجع ما أشير إليه لدى ابن قدامه، المغني، جـ 14، ص 34.

اللاحقة فإن أي قضاء لا يمكن إلا أن يتقيد بالضوابط التي بنيت عليها الآية الكريمة **((اليوم أكملتُ لكُـم دِينكم وأتممـتُ عليكم نِعمتِي ورضِيتُ لكُـم الإِسـلام دِينًـا))** (المائدة 3)

بحيث تأكد في هذه الآية أن الدين كامل، دين فيه تشريع للمعاملات وللعبادات ولسائر شئون الدنيا، هذا الدين الكامل من كماله أنه أبقى باب الاجتهاد مفتوحا على مصراعيه حتى يومنا هذا والى أن يرث ا الأرض وما عليها.[1]

إن الوقائع القضائية فيما يتعلق بالنقض وفقا لما كان من أمر للنقض في عهد الصحابة لم يشر إلى توسع في أسبابه ولم تحوي كتب الفقه إلا أمثلة علـى الـنقض بسبب الخطأ في تطبيق النص (أي قضاء النقض بمعناه المتداول في عصرنا) بحيث يكون قضاء النقض قضاء قانون وليس قضاء موضوع.

فعلى سبيل المثال فإن عليا بن أبي طالب نقض قضاء لشريح في ابني عـم: أحدهما أخ لأم، حيث قضى شريح بأن المال للأخ متمسكا بقوله تعـالى: **وأُولُـوا الأرحامِ بعضهم أولى ببعضٍ فِي كِتَابِ اللّهِ [الأنفال الآية: 75]** فقال له علي قـال تعالى: **وإن كان رجلٌ يورثُ كلالةً أو امرأةٌ وله أخٌ أو أُخْتٌ فلِكُل واحِـدٍ منْهمـا السدس [النساء، الآية: 12]**، وتقول كتب الفقه في ذلك: (ويحتمل أن عليا رضي ا عنه نقض ذلك الحكم لمخالفته نص هذه الآية).[2]

وقد أشار الباحث فيما مضى إلى أن حديث الفقه عن هذه الحقبة وعن الحقبة التي تلتها ورغم الاختلاف حول مفهوم مخالفة الكتاب والسنة والإجماع في فترة ما

---

1 من عظمة القران أن أي مسلم يستطيع أن يفسر ما جاء في نصوصه وإذا كان ما قال به الباحث من تفسير فبالتأكيد انه ليس التفسير الوحيد وربما قال به غيري ممن هو اعلم مني ولكني كباحـث أرى وا اعلم أن من كمال هذه الشريعة وهذا الدين انه أبقى الاجتهاد مفتوحا وإلا لما كان الإسلام خاتم الرسالات ولما كان للبشرية كافة، ولذا فان ما يمكن أن يجتهد فيه المجتهد في بلاد الغرب لا يمكـن أن يتطابق تماما مع الاجتهاد في نفس المسألة في بلاد الشرق وهكذا هي عالمية الإسلام.

2 وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 41، ص 154.

وراجع: ابن قدامه، المغني، جـ 14، ص 36 - حيث جاء فيه (قلنا: لم يثبت عندنا أن عليا نقـض حكمه (أي حكم شريح) ولو ثبت فيحتمل أن يكون علي رضي ا عنه، اعتقد انه خـالف نـص الكتاب في الآية التي ذكرها فنقض حكمه لذلك)

بعد التمذهب، إلا أنه في المجمل عندما يتم التطرق إلى النقض فـإن ذلـك يتعلـق بالنقض لمخالفة القواعد والأدلة (أي النقض بالقانون) ولم يكن من حديث عن النقض لأسباب تتعلق بالموضوع والحديث دائما كان عن القاضي المجتهد، وأمـا إذا كـان النقض لحكم بني على الاجتهاد مع وجود النص فإن النزول عند حكم النص لا يعتبر عدولا عن الاجتهاد بل إبطالا له بنقضه، ولذا فإن القول بأن عمر بن الخطاب عدل عن اجتهاده في دية الجنين إنما المقصود به إبطال اجتهاده من أساسه والحكم وفقـا للنص، لأن العدول لفظ غالبا ما يستخدم للعدول عن اجتهاد إلى اجتهاد آخـر وفـي هذه الحالة فإن الأمر ليس عدولا بقدر ما هو إبطال للاجتهاد.[1]

وفي فترة ما بعد التمذهب ومع توسع مفهوم أدلة الأحكام والحديث عن مخالفة النص ومن ثم الإجماع وقول البعض بالقياس كأسباب للنقض[2] فقد كان التركيز على

---

1 هكذا وصفته وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية نقلا أدب القاضي للمـاوردي بـالقول انـه (عدول) ويرى الباحث انه إبطال أو أن المقصود به إبطال الاجتهـاد – راجـع: وزارة الأوقـاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 41، ص 154، لذا فان المقصود بالعدول هو الإبطال

2 زاد المالكية على ذلك بذكر انه ينقض كل حكم يشذ مدركه أي دليله، أو يخالف القواعد، أو القيـاس الجلي وقيد القرافي ذلك بقوله:إن قول العلماء:إن حكم القاضي ينقض إذا خالف القواعد أو القياس أو النص فالمراد منه إذا لم يكن لها معارض راجح عليها، فان كان لها معارض فلا يـنقض الحكـم، وقالوا:إذا كان الحكم مخالفا للإجماع فلا يرفع الخلاف ويجب نقضه، كما لو حكم بان الميراث كلـه للأخ دون الجد، فهذا خلاف الإجماع لان الأمة على قولين:المال كله للجـد أو يقاسـم الأخ، وأمـا حرمان الجد بالكلية فلم يقل به احد من الأمة. راجع في ذلك وزارة الأوقـاف الموسـوعة الفقهيـة الكويتية، وقال الماوردي:إذا خالف نصا من كتاب أو سنة أو إجماع أو خالف من قيـاس المعنـى القياس الجلي، أو خالف قياس الشبه قياس التحقيق نقض حكمه وحكم غيره، لان عمر بن الخطـاب عدل عن اجتهاده في دية الجنين حين اخبره حمل بن مالك أن النبي صلى ا عليه وسلم قضى فيه بغرة عبد وأمة، وكان لا يورث امرأة من دية زوجها حتى روى له الضحاك بن سفيان (أن النبـي صلى ا عليه وسلم ورث امرأة أشيم بن الضبابي من دية زوجها فورثها عمر) راجع في ذلـك: وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 41، ص 155 وهي تشير إلى ما جاء في تبصرة الحكام لابن فرحون وما جاء في أدب القاضي للماوردي والى حديث " أن عمر كان لا يورث امرأة من دية زوجها..... " الذي أخرجه الترمذي 27/4 ط – الحلبي وقال فيه الترمذي انه حديث حـسن صحيح.

مسألة هامة وهي أنه مهما بلغت رتبة القاضي في الاجتهاد فإن أي اجتهاد له يسقط أمام وجود الدليل والنص، وهذا المبدأ هو الذي اشتقت منه القاعدة الفقهية التي تقول أنه (**لا اجتهاد مع النص).**[1]

من كل ما سبق فإن مخالفة التشريع وفق مفهوم كل فقه، في اختلاف واضح حول مفهوم مخالفة الحكم للدليل الشرعي، فإن حكم القاضي وحكم المحكم سيكونان معرضين للنقض ولا بد من نقضهما في حال مخالفة النص والإجماع بشكل عـام، على أن الفقه الاسلامي لم يحدد الآليات الإجرائية للنقض، ولكن يفهم من كلام بعض الفقه أن طلب النقض يقدم ممن له المصلحة في نقضه.[2]

إن الباحث يجد أن الحديث عن أقوال لفقه السلف هنا وهناك ربما يـستحيل عقلا وواقعا تطبيقها وفق آليات التقاضي في ظل الدولة المعاصرة وآليات القـضاء الحديث لأن هذه **المقولات تتحدث عن قاض مجتهد اخطأ في تطبيق النص في ظل عدم وجود درجات للتقاضي،** لذا فإنه ليس من المستغرب أن نجد قولا للإمام النووي في هذا الأمر.

يقول: (إن تبين للقاضي أنه خالف قطعيا كنص كتاب أو سـنة متـواترة أو إجماع أو **ظنا محكما بخبر الواحد** أو **بالقياس الجلي فيلزمه نقض حكمه،** أمـا إن تبين له بقياس خفي رآه مما حكم فيه، وأنه الصواب فليحكم فيما يحدث بعد ذلك من أخوات الحادثة بما رآه ثانيا، ولا ينقض ما حكم به أولا، بل يمضيه، ثم ما نقض به

وجاء في تبصرة الحكام لابن فرحون: وقد نص العلماء على أن حكم الحاكم لا يستقر إلا فـي أربـع موضع وينقض إذا وقع على خلاف الإجماع أو القواعد أو النص الجلي أو القياس وقد ضرب أمثلة على ذلك، ويلاحظ أن ابن فرحون من مـتأخري المالكية وهو يشير إلى القواعـد أي أن القواعـد الفقهية قد استقرت بعد أن استقر علم أصول الفقه راجع النص السابق لدى: ابن فرحـون، تبـصرة الحكام، جـ 1، ص 62.

1 لا مساغ للاجتهاد في مورد النص يعني أن كل مسألة ورد فيهـا نـص مـن الـشارع لا يجـوز للمجتهدين أن يجتهدوا فيها لأن جواز الاجتهاد أو القياس في الفروع من الأحكام مشروط بعدم وجود نص من الشارع راجع: علي حيدر، شرح المجلة، جـ 1، ص 29.

2 يمكن فهم ذلك من خلال استخدام الفقه لعبارة (فإذا رفع إلى قاض آخر) راجـع وزارة الأوقـاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 41، ص 157

قضاء نفسه ينقض به قضاء غيره وما لا فلا، ولا فرق بينهما إلا أنه لا يتتبع قضاء غيره وإنما ينقضه إذا رفع إليه، **وله تتبع قضاء نفسه لينقضه**).[1]

والخلاصة في هذا الشأن أن الحديث عن النقض وفتح الباب واسعا للـنقض بناء على التوسع في الأدلة فيما يمكن اعتباره مخالفة حكم القاضي أو المحكم للنظام العام الشرعي إذا ما تم إمضاء الحكم دون أخذ كل ذلك بعين الاعتبار كدليل معتبـر هو من الأمور التي لا يمكن أن تتوافق البتة مع آليات التقاضي في العصر الحاضر، لأن الحديث كان دائما عن قضاء يختلف في تأهيله عن تأهيل القضاء في عـصرنا، وعن مسيرة تشير إلى أن البعض ممن لديه دليل شرعي ربما لم يكن دليلا متـوفرا لدى كافة القضاة في أمصار الدولة الإسلامية.[2]

والحقيقة أن الحديث عن النقض في ظل القاضي المجتهد لدى الفقه الإسـلامي في عصر ما بعد التمذهب وإن كان قد ركز على مسألة وجوب الـنقض لمخالفـة النص أو الإجماع، إلا أن هذا الفقه أخذ بعين الاعتبار مسألة أخرى هامة وغاية في الأهمية حدد بناء عليها حدود النقض، وما يمكن أن يكون محلا للنقض من عدمـه، حيث قيل إن حكم القاضي (المجتهد) إن كان صدر فيما يسوغ فيه الاجتهاد فإنـه لا يمكن التعرض له بالنقض على سند من مخالفة اجتهاد آخر، وكان الافتراض لـدى الفقهاء أن الاجتهاد كان في موضع لا نص فيه، مما جعل الفقـه الإسـلامي يتخـذ مواقف متباينة في مسألة النظر إلى مراجعة أو نقض الحكم المجتهد فيه وهـو مـا سيناقشه الباحث فيما يتعلق في بالمسائل التي يسوغ فيها الاجتهاد

---

1 راجع ما نقل عن النووي في وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 41 ص 155. وهنـا يشير الباحث إلى حكم محكمة بريده السابق الإشارة إليه الذي لا يمكن حمله إلا على سند من قـول النووي في افتئات واضح على الشرعية الإجرائية التي تفترض احترام حجية الأمر المقضي به وقوة الأمر المقضي به والتي هي أولا وآجرا ناطقة بقاعدة مهمة تشير إلى انه " لا إجراء بدون نص "

2 راجع مقولة جمال عطية في الفصل التمهيدي من هذا البحث، ص 66، وحديثه عن آليات التجديـد في الفقه الإسلامي وكيفية التعامل مع كتب الفقه القديمة

4.3.5 الحكم ونقض الحكم الصادر فيما يسوغ فيه الاجتهاد (نظرية الاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله) وبروز مفهوم قوة الأمر المقضي به:

كما ذكر الباحث فإن الاجتهاد في الحكم يفترض أن المسألة المعروضة على القاضي أو المحكم لا نص فيها وأنه أي القاضي أو المحكم بلغ رتبة الاجتهاد فاجتهد فاصدر حكمه على هذا الأساس، ويبدو من مجمل مراجعات أقوال الفقـه أن هنـاك صيغة توفيقية إلى حد ما احتراما لمثل هذا الحكم ورعاية لمصالح الناس.

فكما ذكر آنفا في مسألة الاجتهاد عموما فقد قيل إنه لا يجوز نقـض الحكـم الذي بت في مسألة هي محل اجتهاد أساسا أو مما يسوغ فيها الاجتهاد حسب تعبير الفقه الإسلامي، فيفهم من ذلك أنه إذا لم يكن من خطأ في الواقع واستند الطعن فـي الحكم لدى قاض آخر على سند من قيام مصدر الحكم من خلال اجتهـاده بمخالفـة اجتهاد آخر في مسألة هي في الأساس محل اجتهاد، فإن الأصل أنه لا يجوز نقض هذا الحكم أو إبطاله أو فسخه [1] - [2]

وقد ذكر الباحث كيف أصل الفقهاء في العموم لهذا الأمر حيث ردوا الأمـر إلى الأصل وما كان عليه القضاء أيام الرسول صلى ا عليه.

ومن أقوال الفقه في هذا الشأن ما جاء عن الشافعي حيث قال: من اجتهد من الحكام فقضى باجتهاده ثم رأى أن اجتهاده خطأ، فإن كان يحتمل مـا ذهـب إليـه ويحتمل غيره لم يرده، وحكم فيما يستأنف بالذي هو أصوب.[3]

إن المتتبع لآراء الفقه يجد أن الحنفية فصلوا تفصيلا طويلا في هـذا الأمـر ففرقوا بين أمرين في إطار اجتهاد القاضي ففرقوا بين الحكم فـي محـل الاجتهـاد والحكم المجتهد فيه ففي معرض الحكم في محل الاجتهاد قد يكـون الخـلاف فـي

---

1 وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 41، ص 156.

وكذلك ابن فرحون، تبصرة الحكام، جـ 1، ص 63، حيث تكلم عن فسخ حكم القاضي الذي مات ولم يستطع أن يفسخ حكمه قبل موته، فامتنع على من كان بعده فسخه راجع تبصرة الحكام لابن فرحون

2 يبدو أن فقه السلف استخدم مصطلح النقض إلى جانب مصطلح الفسخ والإبطال كمترادفات تـؤدي إلى معنى النقض لغة

3 وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 41، ص 156.

المسألة ومحل الاجتهاد، وضربوا لذلك مثالا بالقول إنه إذا قـضى قـاض بـشهادة المحدودين بالقذف بعد التوبة وكان القاضي يرى سماع شـهادتهما وفقـا للمـذهب الشافعي، ثم رفع الأمر إلى قاض آخر لا يرى أن الحكم وفقا لهذه البينة هـو أمـر صحيح وفقا للمذهب الحنفي وكان هذا القاضي حنفيا فإنه أي القاضي الثاني الـذي رفع إليه الأمر لا يجوز له إبطال القضاء الأول، فهنا المجتهد فيه هو سبب القضاء ولا شيء غير ذلك، أو كما يقول ابن عابدين أن الخلاف في المسألة وسبب الحكم لا في نفس الحكم.[1]

وهنا يلاحظ من رأي الحنفية ومن خلال ما طرحوه مـن مثـال أن الأمـر المجتهد فيه هو القواعد المتعلقة بالبينات والأخذ بشهادة من ذكروا وهي محل خلاف الفقه وذلك في تمييز واضح لديهم بان الأمر يتعلق بالقواعد لا بالموضوع في إشارة إلى عمومية قاعدة أن الاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله فالقاضي في المثال السابق لم يجتهد وإنما طبق قاعدة في مسألة هي في الأساس محل اجتهاد وفيها خلاف فطبـق الاجتهاد الموجود في مذهبه ومع ذلك إذا عرض على قاض له مذهب يـرى غيـر ذلك فإن هذا القاضي لا يستطيع نقض هذا القضاء.

ثم يفصل الحنفية مسألة المجتهد فيه بالقول إن الحكم في فصل مجتهد فيـه لا يخرج عن احتمالين فإما أن يكون مجمعا على كونه مجتهدا فيـه، وإمـا أن يكـون مختلفا بين الفقه على كونه مجتهدا فيه، فإذا كان مجمعا على أنه مجتهد فيه فإما أن يكون المجتهد فيه هو **المقضي به** وإما أن يكون **نفس القضاء**.

فإذا كان محل الخلاف هو المقضي به، بحيث يكون إجماع الناس علـى أن للقاضي أن يأخذ فيه بأقوال مختلفة وأنه قضاء إذا ما تم كذلك وهو قـضاء مجمـع على صحته فلا يجوز نقضه لأن ذلك يعني رفعه إلى أكثر من قاض في سلسلة من النقض والإمضاء مما يؤدي إلى أن لا تندفع الخصومة والمنازعة أبـدا، وبمـا أن المنازعة فساد فإن ما يؤدي إلى الفساد فساد وإن حدث ونقضه القاضي الثاني فرفع إلى ثالث فإن على الأخير أن ينفذ قضاء الأول ويبطل قضاء الثاني لأنـه لا مزيـة

---

1 وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 41، ص 157.

وراجع كذلك حاشية ابن عابدين، جـ 8، ص 79. وقد ضرب عدة أمثلة على هذا الأمر

لأحد الاجتهاديين على الآخر لأن القضاء في المجتهدات نافذ بالإجماع، ولا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد.[1]

أما إذا كان القضاء نفسه مجتهدا فيه أي ما يقع الخلاف فيه بعد الحكم فقيل إن هذا القضاء ينفذ، وقيل أيضا إنه يتوقف على إمضاء قاض آخر وهو الصحيح، فإذا رفع إلى الثاني وأمضاه فيصير قضاء إمضاء الثاني كأنه حكم في فصل مجتهد فيه فلا يجوز للثالث نقضه، أما لو أبطله الثاني بطل وليس لأحد أن يجيزه.[2]

أما إذا كان في محل القضاء وكان هذا المحل ممن اختلفوا فيه أنه محل اجتهاد أم لا وضربوا الأمثلة على ما كان محلا للاجتهاد فكان فيه خلاف ثم تم الاتفاق على رأي لاحق فكان إجماعا بعد اختلاف فهنا يرى الحنفية في أقوال متعدد أن الإجماع المتأخر يرفع الخلاف فتخرج المسألة عن كونها محل اجتهاد وبعضهم قال إن الإجماع المتأخر لا يرفع الخلاف المتقدم، فكانت النتيجة لدى الحنفية أنفسهم أن هذا الأمر مختاف في كونه مجتهدا فيه، فإن كان القاضي الثاني رأى أنه مجتهد فيه ينفذ قضاؤه ولا يرد، وان كان رأيه أنه خرج عن الاجتهاد وصار متفقا عليه لا ينفذ، بل ينقضه لأن قضاء الأول وقع مخالفا للإجماع فكان باطلا.[3]

جاء في تبصرة الحكام لابن فرحون ناقلا عن وثائق ابن العطار:(وللقاضي الرجوع عما حكم به وقضى، مما فيه اختلاف بين أهل العلم، ومما يتبين له فيه الوهم ما دام على خطئه، فإن عزل أو مات بعدما حكم به، لم يكن لغيره فسخ شيء من أحكامه مما فيه اختلاف، ووافق قولا شاذا نقض، وان لم يكن شاذا لم ينقض، ومراده بالشاذ وا اعلم مثل القول بشفعة الجوار)[4] وفي هذا إشارة إلى ما يسمى إعادة النظر من قبل القاضي، وهذا ما هو جار العمل به وفق نظام المرافعات

---

1 وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 41، ص 157.

2 وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 41، ص 158.

وكذلك أنظر: حاشية ابن عابدين، ج 8، ص 79-80، وضرب مثالا على ذلك بالقول كما لو قضى لولده على أجنبي أو لامرأته أو كان القاضي محدودا في قذف لان نفس القضاء مختاف فيه

3 وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 41، ص 159.

4 تبصرة الحكام 1/63

الشرعية السعودي حيث أن التمييز[1] خلال المدة يقدم إلى القاضي الذي اصدر الحكم المطلوب تمييزه وعلى مصدر الحكم أن يقوم بالاطلاع على لائحة التمييز فإن وجد أنه على خطأ قام بالرجوع عن قضائه ويثبت في المحضر بجلسة خاصة يدعو إليها الخصوم أنه رجع عن قضاءه بعدما اطلع على أسباب التمييـز وللطـرف الآخـر الاعتراض لدى محكمة التمييز على ما كان من عدول عن حكم إلى حكم آخر.

إن الجدل الذي أثير حول مبدأ النقض وفقا لما قيل بعد ما تم استعراضه مـن رأي لبعض الفقه وليس كله، إنما المقصود منه الاستدلال على أن الفقه الإسلامي بدأ في مرحلة ما يتطور باتجاه **الأخذ بنظرية المراجعـة الوجوبيـة لـبعض الأحكـام القضائية** وهو ما سيتأكد عند مناقشة معالجة الفقه الإسلامي لأحكام القاضي المقلـد، وان هناك مبدأً يشير في الإجمال إلى أن الاجتهاد القضائي لا ينقض باجتهاد مثلـه في كل أمر يسوغ فيه الاجتهاد وذلك على التفصيل وفقا لكل مذهب [2] كمـا يـشير

1 ينوه الباحث إلى انه تم استحداث المحكمة العليا ومقرها مدينة الرياض لتكون محكمة نقـض وفقـا لاستحقاقات نظام القضاء الجديد

2 راجع تفصيل آراء الفقه الإسلامي فيما يجوز نقضه وما لا يجوز نقضه وما هو مختلف في نقـضه: وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 41، ص 153 وما بعدها (وهي تشير إلى أمهات كتب المذاهب الفقهية، حيث ذهب الشافعية في معرض حديثهم عن الحكم المجتهد فيه أي الحكم الذي يسوغ فيه الاجتهاد في الأصح عندهم من الأقوال أن قضاء القاضي المستند إلى اجتهاد المخالف خبر الواحد صحيح الصريح الذي لا يحتمل إلا تأويلا ينبو الفهم عن قبوله، ينقض:وفي قول لا يـنقض، مثاله القضاء بنفي خيار المجلس – عند من يراه – وكذلك النكاح بلا ولي. وقيـل الأصـح انـه لا ينقض في مسألة النكاح بلا ولي وصححه في الروضة. وقال الماوردي:انه إذا ثبـت انـه قـضى باجتهاد فيما يسوغ فيه الاجتهاد، ثم بان له فساد اجتهاده لم يجز نقضه، ولا يجـوز أن يحكـم فـي المستقبل إلا باجتهاد ثان دون الأول، ولو بان له فساد الاجتهاد قبل تنفيذ الحكم به حكـم بالاجتهـاد الثاني دون الأول، قياسا على المجتهد في القبلة إن بان له بالاجتهاد خطا ما تقدم من اجتهاده الثاني قبل صلاته عمل على اجتهاده الثاني دون الأول، وان بان له بعد صلاته لم يعد وصلى، واسـتقبل الصلاة الثانية بالاجتهاد الثاني

وقال الحنابلة:انه إذا رفع إلى القاضي حكم في مختلف فيه لا يلزمه نقضه لينفذه لزمه تنفيذه في الأصح وان لم يره المرفوع إليه صحيحا لأنه يسوغ حكم ساغ الخلاف فيه، فإذا حكم حاكم لم يجز نقـضه فوجب تنفيذه، وكذا لو كان نفس الحكم مختلفا فيه كحكمه بعلمه، وقيل يحرم تنفيذ الحكـم إذا كـان القاضي الثاني لا يرى صحة الحكم، وفي المحرر:انه لا يلزمه إلا أن يحكم به قاض آخر قبله)

بوضوح إلى أن الفقه الإسلامي الذي قام باشتراع حالات للنقض بعد التوسـع فـي الأدلة وفقا لأصول كل مذهب وأن هذا النقض انصب على القواعـد بـالقول فـي معرض الحكم فيما يسوغ فيه الاجتهاد:(إن أصاب القاضي في حكمه فالأصل أنه لا ينقض كما إذا حكم فيما يسوغ فيه الاجتهاد)[1] وعبارة إن أصاب تعني (أن الحـديث ليس عن طعن موضوعي) بقدر ما هو طعن على سند من وقوع مخالفة في تطبيـق القواعد مما يعني أن المجال كان مفتوحا للطعن لأسباب تتعلق بالواقع ولـذا جـاء تعليق ابن القيم بالقول:(ولا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى أو الحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم:

أحدهما: فهم الواقع والفقه فيه، واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والإمارات والعلامات، حتى يحيط به علما.

والنوع الثاني: فهم في الواجب في الواقع، وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه، أو على لسان رسوله في هذا الواقع، ثم يطبق أحدهما على الآخر فمن بـذل جهده واستفرغ وسعه في ذلك لم يعدم أحد أجرين أو أجرا واحدا).[2]

وما تحدث به العلامة ابن القيم يشير إلى أهم المبادئ التي تقوم عليها العملية القضائية وهي التقدير الصحيح للوقائع كي يتم معرفة النص الواجب التطبيق عليها.

أن ما تم طرحه آنفا يشير إلى أن إقرار مبدأ النقض وان كـان لـم يظهـر بصورة درجة من درجات التقاضي بقدر ما ظهر بأنه صورة مـن صـور رقابـة النقض بالمعنى المعاصر إلا أنه يلاحظ أن نتيجة عمليات النقض تشير إلى أن مـن نقض يقوم بالتصدي للفصل في أساس الدعوى بتطبيق القواعد الـصحيحة، وبهـذا النقض أو عدم النقض يظهر جليا من كلام فقه السلف أن الأمر بعـد ذلـك يتعلـق

وهكذا تتضح بوادر جنوح بعض الآراء الفقهية إلى القول بوجوب المراجعة الوجوبية لبعض الأحكـام للتأكد من سلامة تطبيق القواعد وفقا لأصول كل مذهب

1 وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 41، ص 156.

2 ابن القيم، شمس الدين أبي عبد الله محمد ابن بكر المعروف بابن قيم الجوزية، جامع الفقه، جـ 7، ص 121، جمعه ووثق نصوصه وخرج أحاديثه يسري السيد محمد، دار الوفاء – المنـصورة – مصر، ط 1، 2000م

بالمصلحة العامة للمجتمع الذي لا بد فيه من استقرار للمعاملات بحيث لا يجوز الدخول في دائرة من النقض ونقض النقض بل إن الإمضاء بعد طلب النقض أو نقض ما طلب نقضه يصبح مكتسبا قوة الأمر المقضي به اللهم إلا إذا كان النقض للحكم قد وقع في أمر لا يجوز فيه النقض فيرفع إلى قاض ثالث لا تكون مهمته نقض النقض بقدر ما تكون مهمته إمضاء ما كان من حكم كان من الواجب عدم التعرض له بالنقض بحيث يكون قرار القاضي الثالث مكتسبا لقوة الأمر المقضي به.

أما إذا عدنا إلى تضييق النطاق وإلى حكم التحكيم تحديدا فإنه وفقا لكل فقه فإن حكم التحكيم يستوعب كل أشكال النقض وعدم النقض وما يجوز نقضه وما لا يجوز نقضه تماما كما في الحكم القضائي، إلا أنه ووفقا لكل الفقه فإنه لا يجوز للمحكم الذي اصدر حكمه أن يعيد نقضه إذا ما رفع الأمر إليه من أحد الخصوم ليعيد النظر فيه، ذلك أن ولايته بعد إصدار الحكم تنتهي وليست كولاية القاضي التي تعتبر ولاية عامة وهو مأذون بأن يراجع حكمه إذا ما طلب إليه ذلك دون أن يتعدى حدود ولايته.

إن ما يفسر جنوح مجمع الفقه الإسلامي إلى إثارة مسألة النقض إلى حين التنفيذ يعتبر تقليدا محضا لفقه السلف الذي لم يؤجل مسألة الطعن إلى حين التنفيذ إلا لمعطيات واقع غابر الأزمان

أما مجمع الفقه الإسلامي فقد كان من فرط تقليده أن تجاهل أن آليات التقاضي الحديثة التي تتقيد بمدد للطعن لا تستوعب الحديث عن الآليات التي تحدث عنها فقه السلف، وما التقاطع بين ما قالت به قوانين التحكيم الحديثة في مسألة حق المحكمة في الرقابة على حكم المحكمين من كونه غير مخالف للنظام العام قبل الأمر بتنفيذه وبين ما جاء في قرار المجمع إلا من قبيل الصدفة على ما يبدو نظرا لاستخدام المجمع لنفس العبارات التي كان يستخدمها فقه السلف في ظل عدم وجود درجات للتقاضي.

5.3.5 معالجة الفقه لنقض قضاء القاضي المجتهد أو المقلد إذا لم يحكـم وفقـا للمذهب:

إن الحقب اللاحقة لما بعد التمذهب شهدت وتحت معطيات واقعية علـى مـا يبدو تقليد القضاة من غير المجتهدين أي من فئة المقلدين، وقد أشار الباحث إلى مـا كان من أمر للفقه المتأخر بخصوص عدم اشتراط أن يكون القاضي مجتهدا مطلقـا في كل الأمور.

ورغم أن الفقه الإسلامي مختلف في جواز قيام بإلزام القاضي بالحكم وفقـا لمذهب معين إلا أن هذا الفقه أثار هذه المسألة بالنسبة لقضاء القاضي مجتهدا كان أم مقلدا، وإذا ما تم التمعن في سبب تطرق الفقه إلى هذا الأمر نجده ليس مـن بـاب التمذهب البحت بقدر ما هو حرص على أن لا يكون الحكم وخاصة حكـم المقلـد صادرا إلا بناء على أسس متينة وعن دراية بالأصول التي يجب أن يكـون عليهـا القضاء والحكم، لأن المقلد عندما يطبق حكما في المذهب وان كان لا يـسأل عـن العلة إلا أنه بتقليده يتم ضمان مسألة أن القواعد مطبقة بشكل صحيح وفقا للمـذهب الذي قلده ما دام تقديره للواقع سليما، ولذا نجد أن مخالفة المجتهد لمذهبه تختلف في حكمها عن مخالفة المقلد لمذهبه أو رأي من يقلده.

فيلاحظ أن جمهور الفقه من غير الحنابلة حملوا اجتهاد القاضـي المجتهـد خلاف مذهبه من غير غفلة أو نسيان على أنها اجتهاد جديد وبذلك لا يجوز نقـض حكمه [1] علما أن الرجوع إلى كتب الفقه لا يسعف في الاستنتاج حول ماذا سـيكون عليه الحال فيما لو كان حكم المجتهد وفقا لغير مذهبه كان عن غفلة أو نسيان، ولكن مفهوم المخالفة لقول الفقه هذا يشير إلى أن هذا الأمر إن تم مشوبا بغفلة أو نـسيان من المجتهد فإن هذا الأمر يتوقف على من يطلب مراجعة الحكم طالبا الحكم وفـق مذهب المجتهد، فساعتها يمكن للقاضي المجتهد أن يقرر إذا ما كان حكمه محمـولا على اجتهاد جديد أم أنه بعد مراجعته لحكمه تبين له أنه حكم وفقا لغير مذهبه بعـد أن وقع تحت تأثير غفلة أو نسيان.

---

1 وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 41، ص 161.

ويمكن ملاحظة أنه بمراجعة المعتمد من كتب الحنابلة نجد إشارة واضحة في التشدد في هذا الأمر حيث جاء ما نصه: (ويحرم عليه (أي على القاضي أن كان مجتهدا) (تقليد غيره، وان كان اعلم منه) لأن المجتهد لا يجوز له التقليد).[1]

أما بالنسبة للمقلد الذي يقضي في مسألة محل اجتهاد مخالفا مذهبـه أو رأي من يقلده من المجتهدين، فقد ذهب جمهور الفقه إلى أن القاضي في هذه الحالة هـو من ينقض حكمه دون غيره، ومن يتتبع آراء الفقه فإنه لا يمكـن الوقـوف علـى الطريقة ولا الكيفية ولا الزمان الذي يستطيع فيه القاضي المقلد أن ينقض حكمه، إلا أنه يفهم من كلام الفقه أن ذلك لا يكون إلا بطلب من أحد الخصوم يبين فيه للقاضي المقلد أن حكمه خالف مذهبه أو خالف من كان يفترض في القاضي أن يقلـده [2] ولا يمكن معرفة الكيفية والآلية التي كانت تتم فيها معالجة مثل هذه المسائل على وجـه الدقة إلا أن الباحث يميل إلى القول أن التعامل مع مثل هذه المـسألة ربمـا كـان يحكمها قانون عرفي يختلف باختلاف البيئة السياسة ومدى تدخل الدولة في مثل هذا الأمر.

وهنا يشير الباحث أنه على ما يبدو أن مرحلة ما بعـد اسـتقرار المـذاهب الأربعة كما وصفها العلامة منصور البهوتي [3] تشير إلى أن الناس كانت تفضل العلم فيما هم مقدمون عليه من قضاء وان القواعد التي سيحكمون بها هي قواعد واضحة، فما دام القاضي مجتهدا كان أم مقلدا فإن من المفترض فيه أن يلتزم بقواعد مذهبـه ذلك أنه وإن كان:(اجتماع الأئمة الأربعة في الرأي هو حجة، فإن اختلافهم رحمة)[4] إلا أن الطبيعة البشرية والدخول إلى حقبة ما بعد المثالية وفساد الزمان هي بـرأي

---

1 البهوتي، كشاف القناع، جـ 15، ص 79.

2 هذا رأي الحنفية والمالكية والشافعية وهو ما أشارت إليه: وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 41، ص 161.

وفي هذا السياق يذكر السمناني صاحب كتاب روضة القضاة وطريق النجاة أن المسائل في ذلك كثير في إشارة إلى أقوال متعددة في هذا الشأن تطرق على ما يبدو لأهمها وترك غيرها، انظر في ذلك: السمناني، روضة القضاة وطريق النجاة، جـ 1، ص 139

3 البهوتي، شرح منتهى الإرادات، جـ 2، ص 495.

4 سبق الإشارة إليه في كشاف القناع

الباحث لها تأثيرها في جنوح الناس والفقهاء معا إلى تفضيل التزام القاضي بمـذهب معين، فإن كان من مخالفة للمذهب من قبل القاضي المقلد فإن جمهور الفقه أشـار إلى متسع يجد فيه القاضي مجالا للعودة إلى الحكم وفقا لمذهبه إذا ما طلب إليه ذلك.

على أن حكم هذه الحالة لم يكن حكما موحدا لدى جميع الفقـه حيـث قيـده الشافعية بأن لا يكون المقلد غير متبحر، وان تكون المخالفة للحكم منصبة على مـا هو معتمد كأصل من أصول المذهب بحيث إذا لم يكن ذلك فإنه لو حكم فـي غيـر مذهب من قلده فإن حكمه لا ينقض، لأن للمقلد المتبحر في هذه الحالة تقليد من شاء وكل ذلك فيه أقوال كثيرة.[1]

وذهب المالكية إلى القول بالنسبة لهذه الحالة أن المقلد إذا حكم في قضية ثـم جدت أخرى مماثلة فإن حكمه لا يتعدى إلى دعوى أخرى، فالمقلد يحكم بما حكم به أولا من راجح قول مقلده، ولغيره من أرباب المذاهب الأخرى أن يحكم بضده، كما لو حكم بفسخ نكاح من زوجت نفسها بلا ولي، ثم تجددت دعوى مثلها فنظرها قاض يرى صحة الزواج بدون ولي فإنه يحكم بصحته، فكلا الحكمين ارتفع فيهما الخلاف ولم يجز لأحد نقضه، حتى لو كانت المرأة الأولى هي ذات المـرأة فـي القـضية الثانية.[2]

وربما يكون مثل الرأي السابق للمالكية هو ما دفع بالفقه الفرنسي إلى القـول بعدم وجود حجية للأمر المقضي به وفقا للفقه الإسلامي على سند مما جاء في هـذا المذهب الذي يمكن الاستنتاج منه أن الدعوى يمكن أن تتجدد رغم الفصل فيها رغم أن موضوعها وأطرافها وسببها واحد.[3]

---

1 وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 41، ص 161.

وراجع كذلك، حاشية ابن عابدين، جـ 8، ص 89-97

2 وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 41، ص 162.

3 راجع تعليق مصطفى الجمال السابق الإشارة إليه في موضوع حجية الأمر المقضي به في الشريعة الإسلامية وموقف الفقه الفرنسي واستنتاجاته في هذا الموضوع

كما تبدو الأمور أكثر تعقيدا بالنسبة لهذا الموضوع إذا ما استعرضنا موقـف الفقه الحنبلي من هذا الموضوع إذ تطرقوا له وإلى موضوع آخر وهـو أن يحكـم القاضي وفقا لغير ما يعتقده.

حيث قال الحنابلة في المسألة الأولى وهي حكم المقلد وفقا لغير مذهبه أنه إذا كان متبعا لإمام فخالفه في بعض المسائل لقوة دليل أو قلد من هو أعلم منه أو اتقى منه فحسن، ولم يقدح في عدالته [1] ويبدو أن هذا الرأي فيه ربط واضح بين القضاء والفتيا فقد قيل (ومن قوي عنده مذهب غير إمامه لظهور الدليل معه (أفتى به) أي: بما ترجح عنده من مذهب غير إمامه (وأعلم السائل) بذلك، ليكون على بصيرة في تقليده (قال) أحمد: إذا جاءت المسألة ليس فيها اثر: أي حديث مرفوع ولا موقوف، لأن قول الصحابي عنده حجة، إذا لم يخالف غيره (فأفت فيها بقول الشافعي، ذكره النووي في "تهذيب الأسماء واللغات "في ترجمة الشافعي).[2]

إن هذا الرأي للحنابلة لم يأت من اجل التوسع بقدر ما أن الأمر في اعتقـاد الباحث يتعلق بصفات في القاضي وشروط صعبة وفقا لمذهبهم لا بد من تحققها في شخص القاضي حتى يتبوأ منصب القضاء، لذا فإن هذا التوسع له ضوابط تتضح في مسألة أخرى تتعلق بمخالفة الحكم لما يعتقده القاضي فقالوا:(وإذا خالف القاضي ما يعتقده: بان حكم بما لا يعتقد صحته يلزمه نقضه لاعتقاده بطلانـه، فـإن اعتقـده صحيحا وقت الحكم ثم تغير اجتهاده ولا نص ولا إجماع لم ينقضه).[3]

إن مناقشة مسألة النقض وفقا لآراء المذاهب الفقهية تشير إلى تعدد في الآراء محكوم بشروط القاضي في تلك الأزمنة، كما أنه ينبئ عن بداية تخوف لدى الفقـه نفسه من تضارب الأحكام، وإن كان من صيغ توفيقية في التخفيف من حدة ما يمكن أن يترتب على الخلاف بين المذاهب في بعض المسائل وأنه من الناحية الواقعية لا يوجد اختلاف من اجل الاختلاف بقدر ما أن الأمر يتعلق بترتيب أدلة الأحكام لـدى

---

1 وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 41، ص 161.

2 البهوتي، كشاف القناع، جـ 15، ص 48.

3 وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 41، ص 162. في إشارة إلى ما جاء في شـرح منتهى الإرادات

كل فقه، فإن كل ذلك لم يوقف مسيرة الفقه الإسلامي عن التعـاطي مـع معطيـات الواقع وذلك الأمر عبر عنه في مجلة الأحكام العدلية العثمانية التي كانت أول تقنين لأحكام الفقه الإسلامي وجزءا عظيما لا يتجزأ من الفقه الإسلامي حيـث تعاطـت المجلة مع هذا الموضوع بما يتماشى مع الواقع ومعطيات العدالة وتغيـر شـروط القاضي وعدم توفر القاضي المجتهد.

فيقول علي حيدر معلقا على نص المادة 1801 من المجلة: إن القاضي ليس له أن يعمل برأي مجتهد خلاف المجتهد الذي أمر بالعمل بمقتضى قوله فـي المـسائل المجتهد فيها، لأنه لما كان غير مأذون له بالحكم بما ينافي ذلك الـرأي لـم يكـن القاضي قاضيا للحكم بالرأي المذكور.[1]

ولذا نجد أن الضرورات الواقعية ومقتضيات العدالة اتجهت إلى شرعية قيام أو السلطان بإلزام القضاء بالحكم وفقا لمذهب معين وهذا ما تطرق إليه الباحـث فـي الفصل الخاص في التقنين.[2]

ويمكن القول كخلاصة لما سبق أن المعطيات الفقهية وفقا لنظـرة المـذاهب لمسألة نقض حكم القاضي وسحبها على حكم المحكم لم يعد لها من الناحية الواقعيـة في عصرنا المكان الكبير، ذلك أن سحب الأمر على الواقع يتطلب تطابقا أو علـى الأقل تشابها في المعطيات، فالحقيقة البادية للعيان أن مسألة ترتيب أوراق التحكـيم وفقا للفقه الإسلامي تتطلب ترتيبا لأوراق الفقه فيما يتعلق بواقع القضاء في زماننـا وفق آليات التقاضي الحديثة وما استجد عليها من مصطلحات نجد مترادفاتهـا فـي أقوال فقه السلف ولكن ليس وفق نظرية موحدة، ذلك أن لكل فقه تقريبا تفـصيلاته وتفريعاته في موضوع نقض الأحكام القضائية وإن كان من اجتماع على مـسألة أن الاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله والوصول إلى ما يمكن تسميته المرحلة التي يـصل فيها الحكم إلى أن يكتسب قوة الأمر المقضي بـه، إلا أن المعالجـة الكليـة لهـذا الموضوع وكما ذكر الباحث كانت وفق معطيات واقعية تشير إلـى أن كـلا مـن

---

1 علي حيدر، شرح المجلة، جـ 4، ص 584.

2 وقد أشرت إلى أن الملك عبد العزيز رحمه ا كان مقتنعا بذلك رغم أن المذهب الحنبلي يرى غير ذلك وهو ما أشرت إليه في حينه بأنه ربما كان السبب في المعارضة الشديدة لمسالة التقنين

القاضي والمحكم هما بالضرورة ممن بلغوا رتبة الاجتهاد أو على الأقل ممن بلغوا رتبة المقلد في العصور المتأخرة.

إن الباحث يرى في هذا الموضوع وربط القضاء وما يتعلق به بالتحكيم والمحكم وما يتعلق به من أحكام وطرق مراجعة لتلك الأحكام يتطلب فقها متحركا في هذا الزمن المتحرك بشكل جنوني، كما لا يمكن استخدام المصطلح القديم في مقابلة المصطلح الحديث إلا وفقا لفقه يعي ضرورة تخصيص عموم المصطلح القديم في قالب يعبر عن مواجهة حقيقية لما يعبر عنه المصطلح الحديث الذي لم ينحت إلا بناء على مواجهة للواقع القضائي الراهن وقيام سلطة الدولة بتنظيمه، كل ذلك بالترافق مع مسألة هامة وهي أن المصطلح القديم للنقض وعدم النقض إذا ما تم استخدامه بشكل مطلق كما في قرار مجمع الفقه الإسلامي فإنه لن يعبر عن مفهوم واضح لما يعتبر من النظام العام وما لا يعتبر من النظام العام في معرض مراجعة حكم التحكيم أو في معرض التأكد من عدم مخالفته للنظام العام الشرعي عند تنفيذه.

لذا فإن صياغة ما يعتبر من النظام العام يعتبر من المهام الرئيسية للدولة المعاصرة، فإذا كانت مسألة تقدير وجود أمر يتعلق بالنظام العام عائدة إلى القاضي المجتهد في تقرير ما يمكن نقضه من الأحكام وفقا لمذهبه في النظر إلى حدود النظام العام الشرعي، فإن الأمر لا يمكن التسليم به وفقا لحاضر الدولة المعاصرة، حيث لا يمكن أن تكون فكرة النظام العام مائعة إلى درجة يمكن فيها ترك كل الأمر إلى تقدير القضاء حتى لو كان الأمر يتعلق بدولة لم تقنن أحكام المعاملات الشرعية مثل المملكة العربية السعودية، وإلا فإن أي قاض يستطيع أن ينقض أي حكم بالاستناد إلى ما جاء في الفقه ضربا بعرض الحائط بما هو مقنن في أنظمة المرافعات على سند من القول أن هذه هي سلطة القاضي وفقا لقول الفقه وليس وفقا لنص النظام المقنن.

لذا فإن التعامل مع مصطلح فقه السلف من المفترض أن لا يخلق أزمة في معرض استعارته فيما يقرره الفقه الإسلامي المعاصر إلى درجة تجعل منه مصطلحا مبنيا على جهالة فاحشة كالقول بان على القضاء تنفيذ حكم التحكيم ما لم يكن جورا بينا، فالجور البين كان للفقه الإسلامي مراجعات فيه وأقوال، ولا يفهم من

كلام الفقه أننا بالضرورة أمام عملية طعن بقدر ما الأمر يتعلق بمراجعـة لـسلوك القاضي في كافة قضاياه وهو أمر كان له خطورته ومحاذيره ولا يمكن استخدام هذا المصطلح والقول بأنه يمكن إثارته في معرض تنفيذ حكم تحكيم.[1]

على أنه وإن جاء في معرض شرح مجلة الأحكام العدلية إلى نوع من الرقابة عند تنفيذ حكم التحكيم بتعبيرها عن شرط عدم مخالفة الشرع الشريف فـي إشـارة واضحة إلى أن من حق المحكمة التي طلب إليها التنفيذ أن تتأكد من عـدم مخالفـة الحكم المراد تنفيذه للنظام العام الشرعي، إلا أن ذلك كان له مقدمات تم الإشارة إليها سابقا تتعلق بإلزام القاضي بالحكم وفقا للمذهب الذي حدد له.

وفي توجه صارم من قبل المجلة بخصوص القواعد المطبقة علـى النـزاع حيث أشير في شرح المجلة بدلالة المادة 1838 منها[2] حيث تم التفريق بين ما يمكن أن يكون مطعنا في حكم التحكيم من حيث تطبيق القواعد وبين ما يمكن أن يكـون مطعنا في حكم القاضي فيما يتعلق بتطبيق القواعد، فإذا كان الاجتهاد القـضائي لا ينقض باجتهاد قضائي آخر، فإن الأمر في التحكيم مختلف إذ أن المحكم إذا خـالف

---

1 راجع مفهوم معالجة الفقه الإسلامي لمسألة صدور الحكم عن قاض جـائر فـي: وزارة الأوقـاف الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ 41، ص 163.

2 المادة (1838) - إذا ادعى المحكوم عليه بان الحكم الذي لحق في حق الـدعوى لـيس موافقـاً لأصوله المشروعة وبين جهة عدم موافقته وطلب استئناف الدعوى فيحقق الحكم المذكور فإن كـان موافقاً لأصوله المشروعة يصدق وإلا يستأنف. وقد جاء في شرح هذه المادة لدى علي حيدر: (إذا ادعى المحكوم عليه بان الحكم الذي صدر في حق الدعوى ليس موافقا لأصوله المـشروعة وبـين للقاضي جهة عدم موافقته لأصوله المشروعة وطلب استئناف الدعوى أي طلب تدقيق الحكم الـذي صدر ابتداء فإذا وجد موافقا لأصوله يصدق وبذلك يظهر أن ادعاء المحكوم عليه أن الحكـم غيـر موافق لأصوله غير حقيقي، وإذا عرض حكم قاض على قاض آخر وجرت المرافعة الشرعية فـي حضور القاضي الثاني فدقق القاضي في الحكم وظهر له أن الحكم الأول موافق لشرع وصدق الحكم فيسمى هذا التصديق تنفيذا، وسبب تصديق ذلك الحكم هو أن فسخ الحكم الموافق للـشرع والحكـم ثانية كالحكم الأول ليس فيه فائدة بل يكون اشتغالا بالعبث، ويكفي أن يكون الحكم موافقا لأصـوله المشروعة أن يكون موافقا لمذهب القاضي) انظر في ذلك: علي حيدر، شـرح المجلـة، المجلـد الرابع، ص 631، مع إشارة صاحب شرح المجلة إلى استئناف الأحكام الشرعية في هذا الزمان وما وضع له من أصول انظر: علي حيدر، شرح المجلة، المجلد الرابع، ص 635.

مذهب القاضي واصدر حكمه وفقا لذلك فإن القاضي يبطله[1] وإذا وافق مذهبه صدقه حيث قبول القاضي لحكم المحكم هو بمنزلة الحكم ابتداء من القاضي، أما إذا لم يصدق القاضي على الحكم فيكون من الممكن للقاضي الآخر أن ينقض حكم المحكم وهذه فائدة تصديق حكم المحكم.[2]

ويبدو أن المجلة والفقه الحنفي المتأخر عموما قد تحوطا إلى مسألة القواعد المطبقة على النزاع التحكيمي حتى لا يكون ذلك مدخلا إلى التحايل على النظام العام الشرعي.

كما يبدو أن المشترع السعودي قد انتهى إلى ما انتهت إليه المجلة حيث استثمر ما جاء فيها من نصوص تجعل من المحكم نائبا للقاضي إذا ما استخلفه ولكن الفارق بين المجلة وما جاء في نظام التحكيم السعودي أن الأخير حتى بعد الاستخلاف جعل للمحكمة الحق في تعديل الحكم أو إمضائه أو الحكم بما يخالفه تماما، هذا مع الفارق بين وضع التحكيم في ظل المجلة حيث أن القواعد الفقهية مدونة وهناك تحديد واضح للالتزام بمذهب معين مع وضوح في التعامل مع العرف وخاصة العرف التجاري.

---

1 علي حيدر، شرح المجلة، المجلد الرابع، ص 639.

2 علي حيدر، شرح المجلة، المجلد الرابع، ص 645- 646.

الخاتمة:

لاحظ الباحث من خلال هذه الرسالة أن نظام التحكيم السعودي قد تأثر بأحكام تقليد القاضي في الفقه الاسلامي وإسقاطها على مسألة التأكد من صلاحية المحكـم ليباشر التحكيم، مما جعل القضاء يتدخل في إرادة الأطراف في اختيار المحكمـين، كما لاحظ الباحث أن مثل هذا التأثر في هذه الجزئية وغيرها من الجزئيـات التـي تتحدث عن وجوب أن يكون المحكم معينا هي في مجملها لا مبرر لها خاصة فيمـا يتعلق بالتحكيم التجاري الدولي

كما لاحظ الباحث أن نظام التحكيم السعودي يقرر رقابة على أحكام التحكـيم للتأكد من عدم مخالفة أحكام الشريعة، رغم أن حدود النظام العام في الشريعة غيـر واضحة بسبب عدم وجود التقنين، وفتح الباب واسعا للقـضاء كـي يجتهـد، مـع ملاحظة أن القضاء السعودي في اغلبه لا يتمتع بشروط الاجتهـاد حـسب مفهـوم الشريعة

كما لاحظ الباحث أن الرقابة على أحكام التحكيم في ظل القضاء الـسعودي الذي سجل سوابق خطيرة في عدم احترام حجية الأمر المقضي به، يؤكد أنه قضاء لا يتمتع بالشفافية الكافية التي تؤهله ليكون رقيبا على أحكام التحكيم التـي تـصدر وفقا لنظام التحكيم السعودي.

كما لاحظ الباحث أن الإحالة إلى الشريعة كقانون مطبق على النزاع لا يمكن أن تكون شرطا مقبولا في ظل عدم وجود قواعد مقننه كما هو الحال في المملكـة العربية السعودية سواء بالنسبة للتحكيم في العلاقات الداخلية أو الخارجية، خاصـة أن الفقه الاسلامي أو الدول التي تحكم وفقا للـشريعة واخـص المملكـة العربيـة السعودية لم تحسم أسئلة كثيرة حسمت على مستوى التشريعات والأنظمة القانونية الأخرى، مثل وقت تقدير التعويض عن الضرر، وكذلك التعويض عـن الأضـرار المعنوية أضف إلى ذلك أن النظام القضائي لم يسلك طريقا واضحا باتجـاه الأخـذ بالسوابق القضائية ما دام أن رجال الدين يعارضون التقنـين ويعتبرونـه دسيـسة ومؤامرة على الإسلام، رغم أن جانبا آخر من الفقه يرى عدالة فكرة التقنين

النتائج:

1. إن التحكيم في الإسلام قد بدأ من خـلال اعتـراف بالعـادات والأعـراف الموجودة لدى القبائل العربية التي لا تتعارض مع روح الإسلام باعتبار النبي صلى ا مبعوثا ليتمم مكارم الأخلاق، وكان التحكيم من مكـارم الأخـلاق، فجاء الإسلام واقر هذا العرف لما فيه من تحقيق للمصالح، فكـان التحكـيم بذلك ثابتا في السنة، وفي القرآن وما يدل عليه من القرآن آية التحكـيم فـي الشقاق بين الزوجين.
2. إن التحكيم في حقبة ما قبل الإسلام كان يطبق قواعد العدل المـستقرة فـي الضمير الإنساني وان هذا الأمر كان له تأثيره بعد مجيء الإسلام بـدليل أن الرسول صلى ا عليه وسلم اقره بالمطلق، والشاهد على ذلـك أن الحقبـة النبوية شهدت تحكيما دون إحالة إلى قواعد محددة تطبق على النزاع، حيـث إن التحكيم بين الرسول صلى ا عليه وسلم وبني قريضة كان وفقا لاجتهاد سعد بن معاذ رضي ا عنه، بطريقة تنم عن قبول بالاحتكام إلـى قواعـد العدالة، التي لا يمكن إلا أن تكون جزءا من الشريعة الإسلامية.
3. أن مجمع الفقه الإسلامي لم ينجح في مسألة فك الارتبـاط بـين العناصـر المتعلقة باتفاق الأطراف على التحكيم وفقا لفقه السلف فرجح من الآراء ما لا يناسب عصرنا وابتعد كل البعد عن آراء مثل آراء ابن الماجـشون، فبقيـت الحساسية من مسألة تحكيم من لا يصلح هي العلة من وراء خلع صفة عـدم اللزوم، ولم يتم الاعتراف بالشرط التحكيمي ولم يتم الاستعانة بمـا شـهده الفقه الإسلامي من تطور بالنسبة لمفهوم الشروط بشكل عام، كل ذلـك مـع الأخذ بعين الاعتبار أن التخلص من مسألة إسقاط أحكـام توليـة القاضـي وتطبيقها بكل عناصرها أو بعضها على ما يكون من تولية للمحكـم ربمـا تكون من أهم الأمور التي لم يستطع مجمع الفقه الإسلامي التعامل معها، ذلك أنه لم يراعي طبيعة التحكيم في العصر الحاضر واقتصاره على مسائل غدا التحكيم فيها هو الأصل واللجوء إلى القضاء هو الاستثناء، وعلى ما يبدو أن المجمع لم يستوعب التحكيم المعاصر لا بـشكله الـداخلي ولا فـي إطـاره

الدولي، حيث أن قراره لا زال متأثرا بفقه السلف الذي كانت له مبرراته في منع تأقيت التحكيم وإضافته، وهي مبررات لم يعد لها وجود، ويدعم الباحث رأيه بأن من الفقه الإسلامي المعاصر من تجاوز هذا ولكنهـا بقيـت آراء فردية لم تتبلور في شكل إجماع علمي بناء على دراسـة مستفيـضة لواقـع التحكيم المعاصر.

4. أن الأصل في التحكيم زمن الرسول صلى ا عليه وسلم اللزوم سواء قبـل الشروع في العملية التحكيمية أم بعدها ولم يذكر عنه في حياتـه صـلى ا عليه وسلم أن تم اللجوء إلى التحكيم وقام الخصوم بالرجوع عنه سواء قبـل أو بعد الشروع فيه، وأن مسألة اللزوم من عدمه طرأت بعد وجود المـذاهب الفقهية بحيث وسموا عقد التحكيم بأنه عقد ذو صفة جوازيـة، إلا أنـه فـي عصرهم ربما لم يكن لهذه الجوازية اثر في الأضـرار بـأطراف العمليـة التحكيمية، ثم إن دافعهم إلى التهيب من التحكيم يتمثل في الخـشية مـن أن يتجرأ العوام على القضاء بما يخالف أحكام الشريعة في ظل الشروط الصعبة التي وضعت كشروط لمن يقضي ويحكم.

5. أن التحكيم على ما قيل في لزومه أثناء الحقبة النبوية وما بعدها بقليل وقبـل ظهور المذاهب الفقهية لم يعد له نفس المكانة، و أنه أي التحكيم كان مجـالا خصبا للاجتهاد دلّ على ذلك أن اللزوم يتحقق للعقد وفقا لآراء كثيـرة مـن قائل بلزومه بمجرد انعقاده إلى قائل بلزومه بعد الشروع إلـى آراء أخـرى تقول: إنه يلزم بعد تقديم البينة، وهكذا لم يكن من اختلاف يشير إلى اختلاف حول مسائل متعلقة بالنظام العام الإسلامي، كما أن اختلافهم وكما قيل وبحق هو اختلاف أزمان، لذا فإن الاجتهاد لا زال مفتوحا على مصراعيه في هـذا الموضوع ليدلي كل بدلوه فيه..... ولكن وفقا لمعطيات زماننا لا وفقا لتخير من آراء لقوم عاشوا قبلنا بقرون كما يقول يوسف القرضاوي.

6. أن الفقه الإسلامي ممثلا بمجمع الفقه الإسلامي ورغم أنه ضيق من نطـاق التحكيم بحيث أصبح قاصرا على النطاق المتعارف عليه في قوانين التحكـيم الحديثة بحيث لا يجوز التحكيم في ما لا يجوز الصلح فيه، إلا أن المجمع لم

يقابل هذا التقييد في نطاق التحكيم بتخفيف من الشروط المتطلبة في المحكم إذ لا زال متأثرا بفكرة الولاية القضائية فكانت النتيجة المستخلصة من قـراره بخصوص مبدأ التحكيم أنه لم يوائم أي (مجمع الفقه الإسلامي) بين ما كـان من نطاق واسع للتحكيم كان مرتبطا بعلاقة طردية مع الشروط المتطلبة فـي المحكم حيث كلما زاد النطاق في التحكيم محلا زادت الشروط المطلوبة فـي المحكم، فإذا كان المجمع قد توصل إلى أن لا تحكيم فيما لا صلح فيه، فإنـه كان من الجدير به وهو الذي يضم خيرة الخيرة من علماء الأمة أن ينظر إلى الأمر نظرة واقعية فيما يخص الشروط المطلوبة في المحكـم، وأن يكـون تركيزه على ما يتم الحكم وفقا له بدلا من التركيز على من يحكم، ما دام أنه تطرق إلى إمكانية الرقابة على حكم التحكيم بعد صدوره، وذلك ينم عن عدم معرفة بآليات التحكيم الحديثة التي كان النظام العام أولى محـدداتها، بحيـث يعلم المحكم سلفا أنه لا يستطيع تجاوز النظام العام في البلد المطلوب تنفيـذ حكمه فيه.

7. أن مجمع الفقه الإسلامي وفقا للنتيجة السابقة وبناء عليها من خـلال عـدم الوضوح في مسألة الشروط المتطلبة في المحكم في العصر الحالي لا شـك أنه لم يطلع على حقيقة التحكيم المعاصر ولم يتم النظر إلى ذلك الأمر بأفق واقعي حيث أن كثيرا من مسائل التحكيم الحالية هي بالفعل مما ينوء بحملها القضاء الوطني خاصة في التعامل مع بعض اشكالياتها وما يتعلـق بوضـع أهمية لاعتبارات السرعة في البت في مسائل التحكيم المعاصر، ولذا فإنه لم يكن من المستغرب أن يصل المجمع في قراره ضمنا أنه لا بد وان يـسبق التحكيم لزاما خصومة قائمة.

8. إن عبارة الحكم بما يوافق الشريعة الإسلامية عبارة أصبحت لا قيمة لها في عقود التجارة الدولية إذ يثبت هذا الشرط فشله كلما كان هناك نزاع معروض على هيئة تحكيم أجنبية متضمنا مثل هذا الشرط، حيث أن من الحجج التـي تساق أن الشريعة غير مقننه وهي حجة لها ما يبررهـا فـي ظـل الواقـع القضائي في دولة مثل المملكة العربية السعودية مثلا.

9. أنه لا يمكن أن تكون الدعوة إلى تقنين الشريعة متضمنة في طياتها دعوة إلى عدم الاجتهاد ودليل ذلك وشاهده النصوص الواردة في القانون المدني الأردني كقانون إسلامي نموذجي

10. أن كلا من قرار مجمع الفقه الإسلامي الصادر في العام 1415هـ ونظام التحكيم السعودي الصادر في العام 1403هـ قد وقعا في التقليد المحض لفقه أسلافنا ولكن دون التوصل إلى ما هو مأمول لا على مستوى التحكيم الداخلي ولا على مستوى التحكيم الخارجي، إلا أن قرار المجمع قد أسفر عن بعد كبير عن معطيات العصر وعما لحق بالفقه نفسه بعد القرن الخامس الهجري حيث توسع الأخذ بالشروط فكان أن جاء قرار المجمع مغيبا لشرط التحكيم تماما.

11. إن الحديث عن الإحالة المطلقة لأحكام الشريعة الإسلامية في ظل العقلية التي ترى أن ليس من حق الخصوم أن يعرفوا بماذا يمكن أن يحكموا، ورفض تام للتقنين سواء وفق مذهب معين أو وفق الراجح من المذاهب الأربعة، يجعل من هذا الشرط وبحق شرطا مثيرا للشك لدى أي طرف داخلي أو أجنبي، ثم إنه مدخل للقول أنه شرط يكتنفه كثير من الغموض، وهو غموض لا يقبل به منطق التحكيم المعاصر ولا آلياته ولا الأهداف التي بسببها ازدهر ومن بينها الخشية إلى الاحتكام إلى قانون مجهول بالنسبة لبعض الأطراف، كما أنه لم يعد أمرا مقبولا على مستوى العلاقات الخاصة الداخلية سواء المدنية منها أم التجارية، وازعم أن الأمر وان كان إشكالا تتميز به المسيرة العدلية في المملكة العربية السعودية، إلا أنه إشكال اثر ويؤثر في مجال التحكيم التجاري الدولي والداخلي.

12. أن نظام التحكيم الحالي في المملكة العربية السعودية قد صدر لتحكيم العلاقات الخاصة الداخلية وتحديدا المدنية منها، وحتى أصحاب العلاقات الداخلية المدنية هم من الناحية الواقعية في ظل العلاقة غير المريحة مع القضاء لا بد أن يترددوا في اللجوء إلى التحكيم، وما قلة اللجوء إلى التحكيم

في القضايا المدنية إلا خير شاهد على هذا خاصة أن اللجوء إلـى التحكـيم وفقا لنظام التحكيم الحالي ربما يطيل أمد النزاع بدلا من تقصير مدته.

7. أن من الصعوبة على أي طرف أجنبي القبول ببقاء فكرة الولاية القضائية ومتطلباتها مسيطرة على عملية اختيار المحكمين وفقا لنظام التحكيم السعودي لأنه حتى في حالة تعدد هيئة التحكيم فإن للمحكمة دورا في اختيـار رئـيس الهيئة من طبقة من الخبراء يخضع تقدير خبرته لها.

8. أن النظرة إلى التحكيم وفقا لما أشار إليه الباحـث لـدى مجمـع الفقـه الاسلامي ونظام التحكيم السعودي تشير إلى أن هناك جهلا بمعرفة الدافع إلى التحكيم بين الأمس واليوم فلقد فرض التحكيم نفسه وكما قيل: على أنه عدالة الأعمال، وخصوصا في الحقل الدولي.

9. أن هناك استحقاقات على مستوى الفقه والقضاء كي لا تكون فكرة النظـام العام الإسلامي على ما قيل إنها الخط الأحمر فإذا بها فكرة مائعة لا تعـرف حدودها خاصة مع عدم وجود حزم لكثير من القضايا المـستجدة حيـث لا يخرج اجتهاد جل الفقه ومعه القضاء عن تلك الأقوال القديمة في مسائل مثل التعويض عن الأضرار الأدبية وكذا وقت تقدير الـضرر والتعـويض عـن تفويت الفرص المحققة الوجود.

التوصيات:

1- يوصي الباحث بمزيد من الدراسات الحديثة للأحكام التحكيمية في عـصرنا الحاضر والتي تطبق عليها قواعد العدالة والقانون الطبيعي، ولا تثريب على هذه التوصية إذ أن قواعد العدالة لا تتعارض مع الشريعة، وهذه الدعوة إنما هي لغاية الهدف منها بناء نظرية حديثة واضحة (لعالم اليوم) عـن مفهـوم وحدود النظام العام الإسلامي، وهو عالم طالما كنا فيه متهمين بعدم الشفافية.

2- يوصي الباحث بناء على النتائج التي توصل إليها من أن الحديث في التحكيم هو حديث عن موضوع قابل للاجتهاد على أن يتم الاجتهاد وفقا لآلية تبتعـد عن الترجيح المجرد لما هو قديم بحيث يتم الاجتهاد وفقا لمعطيات زماننا لا وفقا لتخير من آراء لقوم عاشوا قبلنا بقرون، بحيث يكون من واجب الفقه أن

يتم فهم الواقع قبل الحديث عن ترجيح أو اجتهاد سواء في موضوع التحكـيم أو غيره من المواضيع التي لها علاقة بتعاملات اليوم.

3- يوصي الباحث الفقه والقضاء في المملكة العربية السعودية بأن يـتم وضـع مسألة التقنين في موضعها الصحيح، باعتبارها مسألة خلافية أو محل خلاف، متمنيا بإخلاص أن يتوقف المعارضون للتقنين عن التعامل مع هذه المـسألة على أنها مسألة تتعلق بافتئات على الشريعة وأنها دسيسة ومؤامرة، خاصـة أن المنظومة العدلية في المملكة العربية السعودية لم تعـد تتمتـع بالـشفافية المطلوبة منها، لأنه لم يتم الالتزام بتقنين معين، ولا الالتزام بنظام الـسوابق القضائية، وهو أمر ساهم ويساهم في علاقة غر طيبة في الداخل لكل أولئـك المنضوين تحت ولاية القضاء، كما انه سبب وجيه لكل أولئك الذين يفكرون في التحكيم مع وجود إحالة لأحكام الشريعة كقانون مطبق علـى موضـوع النزاع تحت إشراف القضاء السعوديز

4- يوصي الباحث جهات الاشتراع والتنظيم في المملكة العربية السعودية بأن يتم وضع معالم واضحة للنظام العام خاصة فيما يتعلق بافتئات القـضاء أحيانـا على أحكام إجرائية في صورة اعتداء على حجية الأمر المقضي بـه وقـوة الأمر المقضي به.

5- يوصي الباحث جهات الاشتراع والتنظيم في المملكـة العربيـة الـسعودية بالتخلي عن افتراض وجود واقع لم يعد له وجود، وهو أن القضاء قادر على الاجتهاد، حيث لا بد من حصر الاجتهاد في المحكمة العليا، على أن يـشار إلى كل اجتهاد جديد بأنه كذلك وانه رجوع عن اجتهاد قديم، كل ذلـك مـع وجود تقنين لنظام المعاملات الإسلامية يوطئ لقوانين خاصة متوافقة معه.

6- يوصي الباحث بأن يتم تغيير النهج الذي يتم فيه تهيئة القضاة فـي المملكـة العربية السعودية، حيث لا بد لمن يتهيأ للقضاء من أن يـدرس النظريـات الحديثة، وأن لا يتم التدريس بطريقة المسائل من بطون الكتب الفقهية التـي كانت تدرس لإعداد قاض مجتهد أو على الأقل مقلد، وهو أمر يعتقد الباحث أنه لن ينتج قاضيا مجتهدا ولا حتى مقلدا.

7- إن الباحث يوصي بدراسة عملية لواقع القضاء والفقه في العـالم الاسـلامي وفي المملكة العربية السعودية، وعدم الاكتفاء بما تنشره الصحف من مشاكل عج بها جسم القضاء، بحيث يكون الهدف النهائي لمثل هذه الدراسات هـو الوصول إلى مرحلة من الشفافية تسلط الضوء على المشاكل، ليتم استقبال كل اقتراح لحلها ومناقشته وتمحيصه في ظل الواقع.

8- يوصي الباحث القضاء في الوطن العربي عموما في حال الاجتهـاد أن يـتم الاطلاع على الأبحاث الجديدة والأصيلة في مجالات المعاملات المالية حيث أثبتت بعض الجهود أنه لا زال في عالمنا العربي والإسلامي مـن إذا عـزم البحث في هذا القرآن والسنة فإنه سيجد ضالته، وهذه الدعوة ليست موجهـة لرجال الفقه فقط بل لرجال القانون، وهنا فإن الفقه الإسلامي مطالب اليـوم أكثر من أي وقت مضى أن يبذل مزيدا من الجهد في الاجتهاد في نوازل هذا العصر بعيدا عن التقليد ومستعينا بأهل الخبرة بدل الانكفاء على الرجوع إلى أقوال الفقه للترجيح فقط.

9- يوصي الباحث جهات الاشتراع في المملكة العربية السعودية إلى سن نظـام للتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية وتمييز التحكيم في العلاقات الداخلية عن التحكيم في العلاقات الخارجية، لأن القول بغير ذلك والبقاء تحت تأثير فكرة الولاية القضائية ومحدداتها يجعلنا في المملكة بلدا لتنفيـذ أحكـام التحكـيم الأجنبية، ولكننا بالتأكيد لن نكون موطنا للتحكيم في ظـل النظـام الحـالي للتحكيم وفي ظل الواقع القضائي الحالي.

10- يوصي الباحث بعدم التقيد بمذهب معين إذا ما أريـد خلـق فقـه يـوطئ لاشتراع وفق معطيات الدولة المعاصرة وأدواتها والباحث يدعو إلى حـراك فقهي حافزه ومحركه القضاء خاصة وان دساتير معظم الدول العربية تساعد القضاء على أن يتبنى اجتهادات مبنية على مبادئ الـشريعة الإسـلامية ولا تثريب على رجال القانون الدخول إلى هذا المعترك، لأن ذلك ربمـا يـشكل البداية لحراك وسجال فقهي بدلا من الجمود.

11- لقد عرف الفقه الإسلامي مسألة حرية الأطراف في اختيار القواعد المطبقة وفقا للمذهب الذي يختاره الخصوم، وهذا دليل مضاعف على أن من حق من يلجأ إلى التحكيم أو قضاء الدولة أن يعرف القواعد التي يمكن أن تطبق على النزاع، ولذا فإن الخير كله في العلم والشر كله في الجهل.

المراجع

أبادي، شرف الحق العظيم آبادي أبو عبد الرحمن،(د.ت) عون المعبود شرح سنن أبي داود، نسخة الكترونية، موقع وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية على شبكة الانترنت.

ابن أبي الدم، شهاب الدين أبي اسحق إبراهيم بن عبد ا المعروف بابن أبي الدم الحموي، أدب القاضي (1982م) **(الدّرر المنظومات في الأقضية والحكومات)**، تحقيق محمد مصطفى الزحيلي، ط 2، سنة الطبع 1402هـ، دار الفكر، دمشق.

ابن العربي، أبي بكر محمد ابن عبد ا المعروف بابن العربي،(د.ت) **أحكام القرآن** المجلد 1 و 3، الطبعة الجديدة المزيدة بالشرح والضبط والتحقيق، دار الكتب العلمية، بيروت.

ابن القيم، شمس الدين أبي عبد ا محمد ابن بكر المعروف بابن قيم الجوزية، (2006م) **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، دار الكتاب العربي، بيروت.

ابن القيم، شمس الدين أبي عبد ا محمد ابن بكر المعروف بابن قيم الجوزية، (2000م) **جامع الفقه**، جمعه ووثق نصوصه وخرج أحاديثه يسري السيد محمد، ط 1، دار الوفاء، المنصورة، مصر.

ابن حزم، أبي محمد علي بن احمد بن سعد بن حزم،(1998م) **الأحكام في أصول الأحكام لفخر الأندلسي**،المجلد 4، ط 1، 1419هـ، دار الحديث،القاهرة

ابن عابدين**،** محمد أمين الشهير بابن عابدين،(2003م) **رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، ج 8، طبعة خاصة 1423هـ، دار عالم الكتب، الرياض، والطبعة بموافقة خاصة من دار الكتب العلمية ببيروت.

ابن فرحون، برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم ابن شمس الدين أبي عبد ا محمد بن فرحون اليعمري المالكي المعروف (بابن فرحون)،(1995م) **تبصرة الحكام**، الجزء 1 والجزء 2، ط 1، 1416هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.

ابن قدامه، موفق الدين ابن عبد ا بن احمد بن قدامه المقدسي،(1997م) **المغنـي**، تحقيق عبد ا التركي، الجزء 14، ط 2، 1417هـ ـ، دار عـالم الكتـب، الرياض.

ابن قدامه، موفق الدين عبد ا بن قدامه المقدسي (1994م) **الكافي في فقه احمـد ابن حنبل** لابن قدامه المقدسي، ط 1، 1414هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.

ابن كثير، عماد الدين إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الـشافعي الـشهير بـابن كثير،(2004م) **البداية والنهاية،** بيت الأفكار الدولية، بيروت.

ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور،(د.ت) لسان العرب، جـ 2، طبعة دار المعارف، القاهرة

ابن نجيم، زين الدين ابن نجيم، (د.ت) **البحر الرائق شرح كنز الـدقائق،** الطبعـة الأولى، المطبعة العلمية.

أبو الوفا، احمد أبو الوفا،(2007) **عقـد التحكـيم وإجراءاتـه**، دار المطبوعـات الجامعية، الإسكندرية

أبو الوفا، احمد أبو الوفا،(2007) **نظرية الأحكـام فـي قـانون المرافعـات،** دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، مصر.

أبو حجير، مجيد محمود سعيد أبو حجير،(د.ت) **نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي،** ط 1، إصدار 1، دار الثقافة، عمان

أبو زيد، بكر بن عبد ا أبو زيد، (1996م) **فقه النوازل**، ط1، إصدار أول، سنة الطبع: 1416هـ /، مؤسسة الرسالة، بيروت.

أبي داوود، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي،(د.ت) **سنن أبي داوود**، نـسخة الكترونية، موقع وزارة الشؤون الإسـلامية والأوقـاف والـدعوة والإرشـاد بالمملكة العربية السعودية على شبكة الانترنت.

أحدب، عبد الحميد الأحدب،(1990م) **(التحكيم في البلاد العربية)**، الجزء الثـاني من موسوعة التحكيم، إصدارات دار نوفل، بيروت.

أحدب، عبد الحميد الأحدب،(1990م) (**التحكيم. أحكامه ومصادرة**)، الجزء الأول من موسوعة التحكيم، إصدارات دار نوفل، ببيروت.

آل خنين، عبد ا بن محمد آل خنين،(2009م) **الكاشف في شرح نظام المرافعـات الشرعية السعودي**، الطبعة 2، سنة الطبع: 1430هـ طبعة خاصة امتـازت بتوزيعها مكتبة العبيكان.

آل خنين، عبد ا بن محمد بن سعد آل خنين،(1420هـ) **التحكيم فـي الـشريعة الإسلامية - التحكيم العام - والتحكيم عند الشقاق الزوجي**، سـنة الطبـع: 1420هـ، طبعة أولى خاصة.

أمين ساعاتي(2009م) **مقال منشور في جريدة الاقتصادية السعودية** العدد: 5865 1430/11/13هـ الموافق: 2009/11/1م.

باز، سليم رستم باز اللبناني،(د.ت) **شرح المجلة**، الطبعة الثالثة (طبعة مـصححة ومزيدة)، منشورات دار الحلبي، لبنان.

بجاد، محمد بن ناصر بن محمد البجاد،(1999م) **التحكيم التجـاري فـي المملكـة العربية السعودية**، منشورات معهد الإدارة العامة، الرياض.

بخاري، أبي عبد ا محمد بن إسماعيل البخاري،(د.ت) **صحيح البخاري**، نـسخة الكترونية، موقع وزارة الشؤون الإسـلامية والأوقـاف والـدعوة والإرشـاد بالمملكة العربية السعودية على شبكة الانترنت.

بدوي، إسماعيل إبراهيم البدوي، (د.ت) **السياسة الشرعية وتطبيقاتها في الحقبـة المثالية للدولة الإسلامية**، ط 1، مكتبة المنار الإسلامية، الكويت.

البصيري، سلطان بن عثمان البصيري(2005) مقال بعنوان " **ليس من المـصلحة صياغة الأحكام الشرعية في مواد قانونية** " منشور في جريدة الرياض العدد 13471 تاريخ 5/12/.

البلوي، نضال بن جبر البلوي،(2009م) مقال منشور في عـدد جريـدة الـوطن السعودية رقم 3075 وتاريخ 2009/3/1م بعنوان تطـوير **"العـدل" يقتـضي منهجاً وصفياً استقرائياً وتحليلياً**.

بن بسام، عبد ا بن عبد الرحمن بن بسام،(1379هـ) **تقنين الشريعة**. أضـراره ومفاسده، مطابع دار الثقافة بمكة المكرمة.

بهوتي، منصور بن يوسف البهوتي الحنبلي،(2008م) **كشاف القناع**، ج 15، ط 1، 1429هـ، منشورات وزارة العدل السعودية.

بهوتي، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي،(2000م) **شـرح منتهـى الإرادات" دقائق أولي النهى لشرح المنتهى**" للبهوتي، الجزء الثاني، تحقيق عبد ا بن عبد المحسن التركي، ط 1، إصدار 1، 1421هـ، الناشرون مؤسسة الرسالة، الرياض.

الجذلاني، محمد (2010م) **جريدة الريـاض الـسعودية** العـدد 15265 وتـاريخ 2010/4/10م لقاء مع محمد الجذلاني.

جرعي، عبد الرحمن الجرعي،(د.ت) **بحث بعنوان، تقنين الأحكام الـشرعية بـين المانعين والمجيزين**، منشور بشكل دائم على موقع علماء الشريعة على شبكة الانترنت.

جريدة الرياض، (2010م) **خبر عن حكم قضائي منشور في جريدة الرياض إحدى كبريات الصحف السعودية** في عددها الصادر في يوم الخميس 26 /7/ 1431 هـ - 8 /8/ 2010م - العدد 15354.

جريدة أم القرى (1927م) الإشارة إليه حول مجلة الأحكام العدد (141) من المجلد الثاني في الثامن والعشرين من شهر صـفر لعـام 1346هـ ـ الموافـق 26 أغسطس

جمال وعكاشه، مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال،(1998م) **التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية**، ط 1، منشورات دار الحلبي، بيروت.

جهني، عيد بن مسعود الجهني،(2006م) **التحكيم التجاري الدولي**، ط 1، منشورات مركز الخليج العربي لدراسات الطاقة، الرياض، القاهرة

حداد، حفيظة السيد الحداد، (2004م) **الموجز في النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي**، ط1، منشورات دار الحلبي الحقوقية، بيروت.

حسني، محمود نجيب حسني،(2007م) **التشريع الجنائي في الإسلام، الجريمـة**، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة.

حسيني، هاشم معروف الحسيني،(1996م) **نظرية العقد في الفقـه الجعفـري**، ط 1416هـ، دار التعارف للمطبوعات، بيروت.

حشيش، احمد حشيش(2007م) **في كتابه، طبيعة المهمة التحكيميـة،** دار الكتـب العلمية، مصر، المحلة الكبرى.

حمادي، حسن بن احمد الحمادي،(2003م) **نظرية حجيـة الحكـم القـضائي فـي الشريعة الإسلامية)**، ط 1، دار الثقافة، عمان.

حيدر، علي حيدر، درر الحكام(د.ت) (**شرح مجلة الأحكام**)، المجلد الأول والرابع، دار الكتب العلمية بيروت.

خدوري، مجيد خدوري، (1998م) **مفهوم العدل في الإسلام**، ط 1، دار الحـصاد، دمشق.

خفيف، علي الخفيف،(2008م) **المؤلفات الكاملة ج 3، أحكام المعاملات الشرعية**، ط، دار الفكر العربي / القاهرة.

خفيف، علي الخفيف،(د.ت) **أسباب اختلاف العلماء** (**المؤلفـات الكاملـة 1**)، دار الفكر العربي، القاهرة.

دسوقي، شمس الدين محمد عرفه الدسوقي،(د.ت) **حاشية الدسوقي علـى الـشرح الكبير** لأبي البركات سيدي احمد الدردير وبهامـشه الـشرح المـذكور مـع التقريرات المحقق سيدي محمد عليش، ج 4، بدار إحياء الكتب العربية، طبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه.

دوري، قحطان الدوري، (1985م)**عقد التحكيم فـي الفقـه الإسـلامي والقـانون الوضعي**، ط1، مطبعة الخلود، بغداد.

زحيلي، محمد الزحيلي،(1415هـ / 1995م)، **تاريخ القضاء في الإسلام**، لبنـان بيروت، ط 1، دار الفكر المعاصر، دمشق.

زحيلي، محمد الزحيلي،(2002م) **فقه القضاء والدعوى والإثبات – دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية وقوانين الإمارات،** منشورات جامعة الشارقة.

زحيلي، وهبة الزحيلي،(2006) **قضايا الفقه والفكر المعاصر**، ط 1، دار الفكر بدمشق.

زحيلي، وهبه الزحيلي،(1982م) **نظرية الضمان (أحكام المسئولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي) دراسة مقارنة**، دار الفكر، دمشق.

زرقا، مصطفى الزرقا،(2004م) **المدخل الفقهي العام**، المجلد الثاني، ط 2، دار القلم، دمشق.

زركشي، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد ا الشافعي الزركشي،(1992) **المحيط في أصول الفقه** للزركشي، منشورات وزارة الأوقاف الكويتية، ط، دار الصفوة، الكويت.

سابق، السيد سابق، (2010م)، **فقه السنة**، ثلاثة أجزاء، المكتبة العصرية، صيدا وبيروت، لبنان.

سالمي، حسن السالمي،(2008م) **التحكيم وقضاء الدولة**، ط 1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت.

سايس، محمد علي السايس، (يناير1970) **نشأة الفقه الاجتهادي وأطواره**، الكتاب التاسع من منشورات مجمع البحوث الإسلامية.

السديري، بن خالد الأحمد السديري(2009م) - **جريدة الاقتصادية السعودية** العدد: 5748 بتاريخ 2009/7/7م.

سرخسي، شمس الدين السرخسي(د.ت) **المبسوط** ج 16 و ج 21، طبعة دار المعرفة، بيروت.

سرطاوي، محمود السرطاوي، (2006) **التحكيم في الشريعة الإسلامية**، ط 1، دار الفكر، عمان.

سعد، محمد محمد سعد، (د.ت) **دليل السالك لمذهب مالك**، طبعة دار الندوة.

سمناني، أبي القاسم علي بن محمد بن احمد الرحبي السمناني،(1984م) **روضة القضاة وطرق النجاة**، ط 2،، تحقيق صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة بيروت، ودار الفرقان، عمان.

سندي، نور الدين بن عبد الهادي أبو الحسن السندي،(د.ت) **شرح سنن النسائي،** نسخة الكترونية، موقع وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية على شبكة الانترنت.

سنهوري، عبد الرزاق السنهوري، (1998م)**مصادر الحق في الفقه الإسلامي،** الطبعة الثالثة الجديدة، 3 أجزاء، منشورات دار الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.

سنهوري، عبد الرزاق السنهوري،(1998م) **الوسيط في شرح القانون المدني،** الجزء الخاص بالإثبات، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات دار الحلبي الحقوقية.

سنهوري، عبد الرزاق السنهوري،(2008م) **فقه الخلافة وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية،** ط 1، منشورات دار الحلبي.

سهلي، أبي القاسم عبد الرحمن بن عبد ا بن أبي أحمد أبي الحسن الخثعمي السهلي،(د.ت) **الروض الأنف في تفسير السيرة النبوية لأبن هشام المعافري،** علق عليه ووضع حواشيه، مجدي منصور بن سيد الشورى، ج 1، منشورات علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت.

شثري، سعد بن ناصر الشثري،(2005م) **الأصول والفروع،** ط 1، 1426هـ، دار كنوز اشبيليا، الرياض

شثري، عبد الرحمن بن سعد الشثري،(2009م) **تقنين حكم تقنين الشريعة،** طبعة ثانية مزيدة ومنقحة، الناشر مكتبة الرضوان للنشر والتوزيع مصر، البحيرة.

شربيني، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني،(1997م) **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين** للإمام أبي زكريا بن يحيى بن شرف النووي الشافعي، ج4، دار المعرفة، بيروت.

شعيب، خالد عبد ا الشعيب،(د.ت) **بحث بعنوان، قاعد الضرر يزال وشمولها للتعويض عن الضرر المعنوي،** منشور على موقع الفقه الإسلامي.

شموط، حسن تيسير شموط،(2006) **العدالة القضائية في الإسلام وتطبيقاتها في الشريعة الإسلامية،** ط 1، دار النفائس، عمان، الأردن.

الشيخ نظام وآخرون **(1310هـ)، الفتاوى الهندية**، ط 2، المطبعة الأميرية ببولاق بمصر.

صلابي**،** علي محمد الصلابي،(2008م) **حقيقة الخلاف بين الصحابة في معركتي الجمل وصفين وقضية التحكيم**، ط1، دار المعرفة، بيروت.

طراونه**،** مصلح الطراونة،(2010م) **الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية في القانون الأردني " دراسة مقارنة "**، ط 1، دار وائل، عمان.

طريفي**،** ناصر بن عقيل الطريفي،(د.ت) **القضاء في عهد عمر بن الخطاب،** جـ 1، ط1، دار المدني، جده، السعودية.

عامري**،** سعدون العامري، (1981م) **تعويض الضرر في المسئولية التقصيرية،** منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد.

العبيكان، عبد المحسن (2005م) **تصريح منشور في عدد جريدة الرياض** رقم 13459 وتاريخ 2005/4/29م.

العبيكان، عبد المحسن العبيكان **مقال على شبكة الانترنت،** والمقال منشور بشكل ثابت على موقعه على الرابط: al-obeikan.com/article/86.

العبيكان، عبد المحسن العبيكان،(2010م) **تصريح لجريدة الحياة** في عددها الصادر في 2010/3/18م في تقرير أعده مراسلها في الرياض عنوانه **هيئة كبار العلماء تجيز «التقنين»**... وقصته بدأت قبل 100عام.

عطية**،** والزحيلي، جمال عطية ووهبه الزحيلي،(2000م) **كتاب تجديد الفقه الإسلامي، حوارات لقرن جديد،** ط 1، دار الفكر، بيروت لبنان.

العلي**،** جواد العلي،(1993م) **المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام،** جـ 5، ط 2، منشور بمساعده من جامعة بغداد.

عوا**،** فاطمة سليم العوا،(2002م) عقد التحكيم في الشريعة والقانون، دراسة لتقنين الفقه الإسلامي والتأثير التشريعي **مجلة الأحكام العدلية،** ط1، المكتب الإسلامي، بيروت ودمشق وعمان.

عوا**،** محمد سليم العوا (د.ت)" **في النظام السياسي للدولة الإسلامية"،** ط6، المكتب المصري الحديث، القاهرة.

عوده، سلمان العودة،(د.ت) **محاضرة بعنوان: حسن الخلق،** منشورة على موقـع، islamweb.net.

العيسى، عيسى بن عبد الرحمن العيسى(2010م) **محاضرة أمام معهد الإدارة العامة بالرياض بعنوان "اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي... «نقمة» أحياناً** "نشرت مقتطفات منها في عدد جريد الحيـاة بتـاريخ 2010/6/3م (طبعـة السعودية).

عييري، إبراهيم بن سليمان العييري، التحكيم التجاري الدولي والتحكيم السعودي، ط 1، 2007م، طبعة خاصة.

غتيت، علي الغتيت،(2000م) ورقة بحثية بعنوان، **العدالة والإنصاف في التحكـيم بين الشريعة والقانون المقارن من كتاب بعنوان التحكيم المطلق بين الشريعة والقانون،** ط1، وهذا الكتاب يتضمن ما طرح مـن أبحـاث فـي المـؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون للعام، منشورات معهد طرابلس الجـامعي للدراسات الإسلامية في لبنان والتابع لجمعية الإصـلاح الإسـلامية، مطـابع جمعية المقاصد الخيرية الإسلامية في لبنان، بيروت.

فضل ا ، إبراهيم فضل ا ،(2009م) بحث بعنوان، التحكيم في مواجهـة نـزاع الثقافات، **مجلة التحكيم،** عدد 2، شهر نيسان، منشورات دار الحلبي، بيروت.

قرضاوي، يوسف القرضاوي (1996م) **الاجتهاد فـي الـشريعة الإسـلامية مـع نظريات تحليلية في الاجتهـاد المعاصـر،** ط1، 1996م، دار القلـم للنـشر والتوزيع، الكويت

قرضاوي، يوسف القرضاوي،(2008م) **مقاصد الشريعة في الأموال**، بحث مقـدم للدورة الثامنة عشره للمجلس الأوروبي للإفتاء والمنعقدة في دبلن، حزيـران، بحث منشور على موقع المجلس الأوروبي للإفتاء على شبكة الانترنت بـشكل ثابت.

قطان، مناع القطان (د.ت) **تاريخ التشريع الإسلامي التشريع والفقه**، ط 2 الجديدة، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض.

كلاي، توما كلاي،(2009م) مداخلة للبروفيسور توما كلاي، أمام لجان المال في البرلمان الفرنسي تعليقا على الحكم التحكيمي في نزاع الوزير الفرنسي السابق برنار تابي، **مجلة التحكيم**، مشرفها ورئيس تحريرها عبد الحميد الأحدب، العدد الأول، كانون الثاني، منشورات دار الحلبي، بيروت.

ماوردي، أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي،(1989م) **الأحكام السلطانية والولايات الدينية**، تحقيق أحمد البغدادي، ط1، الناشر، مكتبة دار قتيبة، الكويت.

مجمع الفقه الإسلامي**،**(د.ت) **مجلة المجمع الفقه الإسلامي** العدد التاسع، ج4، منشورة على موقع المجمع على شبكة الانترنت

مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري،(د.ت)**صحيح مسلم**، نسخة الكترونية، موقع الإسلام التابع وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد

المشوح محمد بن عبد ا المشوح،(2009م) مقال بعنوان، **الحل في تدوين الأحكام** والمنشور في جريدة عكاظ السعودية العدد رقم 3119 وتاريخ 12/21/.

ناصر بن زيد بن داوود – (2007) **مقال بعنوان شروط القاضي بين الحاضر والماضي سلسلة مقالات**، جريدة الاقتصادية السعودية العدد 4962 بتاريخ 2007/5/13 ومنشور على موقع مركز الدراسات القضائية التخصصي http://www.cojss.com

ناصر بن زيد بن داوود –(2007/5/6م) **مقال بعنوان شروط القاضي بين الحاضر والماضي سلسلة مقالات**، عدد جريدة الاقتصادية السعودية رقم 4955 وتاريخ وذات المقال منشور على موقع مركز الدراسات القضائية المتخصصة بشكل دائم.

نسائي**،** سنن النسائي، أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي،(د.ت) **نسخة الكترونية، موقع وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية** على شبكة الانترنت.

نشمي، عجيل جاسم النشمي(2009م) بعنوان، **التحكيم والتحاكم الدولي في الشريعة الإسلامية،** وذلك على هامش لمؤتمر الدورة التاسعة العادية للمجلس الأوروبي للإفتاء المنعقد في فرنسا في أيلول من عام والبحث منشور على موقع المجلس على شبكة الانترنت.

واصل، نصر فريد محمد واصل، (د.ت) **السلطة القضائية ونظام القضاء في الاسلام،** ص 377، المكتبة التوفيقية، القاهرة.

والي، فتي والي،(2007م) **قانون التحكيم في النظرية والتطبيق،** منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 1.

وزارة الأوقاف الكويتية، (1995م)، **الموسوعة الفقهية الكويتية،** ج 34، منشورات وزارة الأوقاف الكويتية، مطابع دار الصفوة، الكويت.

وزارة الأوقاف الكويتية،(1987م) **الموسوعة الفقهية الكويتية** ج 10، منشورات وزارة الأوقاف الكويتية، ط 1407هـ/ طباعة ذات السلاسل، الكويت.

وزارة الأوقاف الكويتية،(1988م) **الموسوعة الفقهية الكويتية،** جـ 13، ص 155، ط 2، 1408هـ، طباعة ذات السلاسل، الكويت

وزارة الأوقاف الكويتية،(1995م) **الموسوعة الفقهية الكويتية،** ج 33، ط1، وزارة الأوقاف واشئون الإسلامية الكويتية، مطابع دار الصفوة، الكويت.

وزارة الأوقاف الكويتية،(1995م) **الموسوعة الفقهية الكويتية،**ج 41، ط 1، 1416هـ /، مطابع دار الصفوة، الكويت.

وزارة العدل، (2007م) **وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية، مدونة الأحكام القضائية** الإصدار الأول 1428هـ.

الملحق(أ)

جريدة الرياض



جريدة يومية تصدر عن مؤسسة اليمامة الصحفية

الخميس 26 رجب 1431 هـ - 8 يوليو 2010م - العدد 15354

قاضي بريدة نقض حكمه الأول بحكم جديد

حضانة الطفلة «ليان» قصة عذاب تنازعها حكمان قضائيان متناقضان

بريدة - ملفي الحربي تصوير - فهد الفيفي

تراجع قاض في المحكمة العامة في بريدة عن حكم مميز أصدره العام الماضي لصالح والدة «معنفة» بحضانة طفلتها (ليان) والبالغة من العمر (4) سنوات بإصداره حكما جديدا يسند فيه حضانة الصغيرة لوالدها بعد شهر ونصف فقط من استلام الأم لطفلتها.

حكم لصالح والدة الطفلة:

وتشير أم ليان أن الحكم الأول صدر العام الماضي لصالحها من المحكمة العامة في بريدة أصدره ناظر القضية إبراهيم المزيني متضمناً الإشارة إلى انتهاء تداول القضية بحكم قضائي يقضي بتوليها حضانة البنت مؤكدة أن الحكم أيدته دائرة الأحوال الشخصية ومحكمة تمييز الرياض واستلمت بموجبه صغيرتها من والدها.

تراجع لصالح والد الطفلة:

وتكمل أم ليان أنها تفاجأت قبل أيام بتحريك دعوى جديدة مبنية على استدعاء تقدم به والد (ليان) لمحكمة بريدة مطالباً فيه بحضانة ليان وأن ناظر القضية الأولى القاضي إبراهيم المزيني (تراجع) عن حكمه السابق والمصدق من هيئة التمييز وأصدر حكما جديدا حرره في 1431/6/3 بإسناد حضانتها لوالدها مستندا (بتراجعه) بأدلة رأى أنها مسببة وموجبة لتراجع عن الحكم السابق، مذيلاً الصك بعبارة (فقد رجعت عما حكمت به سابقاً من حضانة البنت لأمها وحكمت بحضانتها

لأبيها... ولا يمنعن قضاء قضيت به اليوم أن ترجع عنه من الغد لوصية عمر[1] لأبي موسى الأشعري)

ثماني سنوات تعنيف وسجن:

والدة الطفلة خنقتها العبرة عندما عادة بذاكرتها ثماني سنوات للوراء لتقص لنا حكايتها مع العنف الأسري قبل أن تنتقل للشؤون الاجتماعية بالقصيم من قبل أشقائها في مدينة الرياض والذين حرموها والدها المقعد ووالدتها، لتعود للمربع الأول بعد هذا الحكم، لتتجدد ظروفها السيئة باعتبارها معنفة أسريا.

تقول أم ليان تعرضت للضرب والعنف وأُقفل عليّ في إحدى الغرف لمدة سنتين وخطف أحد أشقائي ابنتي (ليان) عندما كان عمرها سنة وسلمها لطليقي كضغوطٍ نفسية مارسها عليّ أشقائي، والآن صغيرتي بدون تطعيم أو إثباتات وبدون معيل وحالتنا لا يعلم بها إلا ا .

الأم ذاقت من إخوتها مرارة الحرمان.. وأخذ طفلتها منها ضاعف لوعتها

اجتماعية القصيم

مدير عام الشئون الاجتماعية بالقصيم فهد المطلق أكد أن أم ليان إحدى حالات العنف الأسري والتي تم استقبالها بعد قدومها من الرياض وقدمت لها خدمات متكاملة (مالية - اجتماعية - نفسية - تعليمية) حتى استقرت أمورها تماما ورغبت بالاستقلال بمنزل خاص بها مبينا أنها حاليا ليست تحت مظلة الحماية الاجتماعية وأنهم لم يلحظوا على سلوكها شيئا سيئا عندما كانت لديهم.

سابقة قضائية سلبية

المحامي عبد الرحمن اللاحم قال: الحكم سابقة قضائية «سلبية» حيث إن القاضي أصدر حكمين متناقضين لقضية واحدة، وأمام ذات الخصوم وفي ذات الموضوع وهو أمر يثير الاستغراب. موضحاً أن من أبسط الأبجديات القضائية والقانونية أن الحكم القضائي متى ما اكتسب القطعية وفقاً للقانون فإنه يكون حقاً مكتسباً للمحكوم له ولا يجوز المساس به أو نقضه فهو اكتسب ما يسمى بحجية الأمر

[1] تم تصحيح عبارة (ابن عمر) التي وردت خطأ إلى (عمر)

المقضي به، وهذا مبدأ منطقي لاستقرار[1] المعاملات بين البشر وتنظيم آلية عمل المحاكم وإلا لأصبحت الخصومات القضائية ليس لها سقف زماني تنتهي إليه!

مضيفاً أن هذا الحكم يطرح أهمية إصدار قانون للأسرة يفصل المسائل المتعلقة بها؛ لأن تلك القضايا لها حساسيتها وغالباً ما تكون مدخلاً لمصادرة الحقوق والتعسف ضد النساء لأنهن الحلقة الأضعف في ظل عدم قدرة الكثيرات من النساء على التعاطي مع المؤسسة القضائية بالشكل المطلوب الأمر الذي يفقدها حقوقها ويجعلها ضحية لمن يتلذذ في مصادرتها.

المحامي اللاحم يؤكد أنها سابقة قضائية «سلبية» فالحكم حق مكتسب إذا ثبتت قطعيته

تنشئة سيئة

من جهته طالب الأخصائي الاجتماعي عبد ا سلمان ومن خلال قصة (ليان) الآباء والأمهات المنفصلين بعدم جعل مسألة الطلاق والاختلافات بينهما طريقا مغلقا لا تواصل ولا ترابط فالضحية في النهاية هم هؤلاء الأطفال والذين يقعون تحت ضغط نفسي كبير وتشتت ذهني نتيجة صراعات الوالدين الطليقين وتعنتهما باكتساب حق الرعاية والحضانة لهم كحالة (ليان) فهي ضحية صراع لا ذنب لها فيه، مبينا أن علاقة الأبوين الطيبة المتماشية مع التعاليم الإسلامية بعد الانفصال أمر له جوانبه الإيجابية التربوية والنفسية للصغار.

داعيا أشقاء والدة ليان تقوى ومخافة ا والرجوع للنفس فشقيقتهم مهما تجاوزت وأخطأت (من وجهة نظرهم) فالرحمة واللين والعطف صفات المؤمنين ولا يمكن إصلاح مشكلة بمشكلة أخرى فاحتواؤها ورعايتها وعدم إيذائها هو طريق الإصلاح.

---

[1] تم تصحيح عبارة (من استقرار) إلى لاستقرار

الملحق رقم (ب)

حكم مصدق من محكمة التمييز

رقم الصك 143 وتاريخه 1429/7/2هـ

حكم مصدق من محكمة التمييز

الحمد وحده وبعد فلدي أنا................ القاضي بالمحكمة العامة بتبوك ففي هذا اليوم السبت الموافق 1428/9/10هـ حضر.............سجل تبوك رقم............ الوكيل الشرعي عن محمد............... و................ بالوكالة رقم 7343 في 1428/3/13هـ جلد 316 صادرة من كاتب عدل تبوك وادعى على الحاضر معه (س) سجل تبوك رقم............... قائلا في دعواه إن هذا الحاضر أخ لموكلي وهو شخص لا يحسن التصرف في أمواله بل انه مبذر للمال ويصرفه في غير وجهه ويقوم بكفالة الغير بمبالغ زهيدة ويوقع على أوراق بيضاء ويأخذ قروض ويعرضها في غير وجهها وإذا اخذ شيئا من حصته من التركة يقوم بصرفها في غير وجهها وحيث أنه لا يحسن التصرف في شؤونه لذا اطلب الحجر عليه وإقامة...................... وليا عليه هذه دعواي وبسؤال المدعى عليه ابرز ورقة مكتوبة بالكمبيوتر بواسطة وكيله..................... سجل العلا.............. الوكيل عن.......... بالوكالة رقم في 1428/2/15هـ من عدل تبوك الثانية وقال هذا جوابي ((أفيد فضيلتكم بان ادعاء المدعو.............بان موكلي يقوم بتصرفات تضر بمصلحته فهذه كلها أمور كيدية بحيث أن المدعي مستولي على أموال موكلي منذ خمسة عشر عاما والمدعي صرف من أموال موكلي ما يقارب مليونين ريال أما في خصوص الأوراق الموقعة على بياض فهو بسبب أخ موكلي وهم...... المذكور.......و......... فقاموا بتكبيل موكلي وتوقيعه على الأوراق المذكورة بحيث قامت زوجة ووالدة موكلي بتبليغ الشرطة أثناء تكبيله بالحديد وحضر الملازم............ وهو مكبل بالحديد واثنين من الشهود وأضيف على ذلك بان إخوة موكلي قد عرضوا عليه مبلغ بسيط من المال فرفض موكلي وأقاموا عليه دعاوى كيدية وتشويه سمعة وأفيدكم بان ما كتب بصحيفة دعواهم غير صحيح لأن موكلي قام بطلب توزيع التركة هكذا أجاب

ثم حضر المدعيان أصالة................... وحضر معهم وكيلهم............ وابرز المدعي وكالة ورقة موقعه ونصها ((نود التوضيح لفضيلتكم بان طلب

الحجر بحق المدعى عليه وأنه بالدرجة الأولى للحفاظ على مصلحته)) وبسؤال المدعي وكالة عن البينة أجاب لدي البينة وابرز ثلاث أوراق فالأولى تقرير طبي صادر بحق المدعى عليه يثبت تعاطيه للمخدرات والثانية صورة عن تقرير طبي تثبت بأنه يعاني التهاب الكبد الوبائي B والثالثة تقرير طبي صادر بحقه يثبت طفرة شديدة بنوعين من الإنزيمات الكبدية تجاوزت الحد المسموح به للشخص العادي وأضاف المدعي وكالة كل ذلك يستنتج منه أن المدعي عليه مدمن للمخدرات ومصاب بمرض التهاب الكبد الوبائي وبعرضه على المدعى عليه قال إن ما ذكره المدعي وكالة من أنني متعاطي للمخدرات ومصاب بالالتهاب فهذا غير صحيح ثم جرى سؤال المدعي أصالة عن تاريخ وفاة والده فقال إنه توفي بتاريخ 1413/10/15هـ ثم جرى سؤاله عن الولي السابق على المدعى عليه فقال أنا كنت وليا حتى 1426هـ حيث كانت هناك قضية قسمة تركة فتم رفع الولاية عنه بأمر من القاضي ثم سألته متى ظهر لكم سوء تصرفه وانه بحاجة لولي فقال بعام 1427هـ تقريبا ثم سألته هل تم توزيع التركة وهل استلم المدعى عليه كامل حصته فقال إن التركة حتى الآن لم تقسم حيث رغب الورثة بتنميتها وبدراسة أوراق المعاملة واطلاعي على البينات والتقارير المرصودة في الضبط واطلاعي على جميع الأوراق التي تقدم بها المدعي وكالة والمدعيان أصالة وتم رصدها في الضبط وعليه وبناء على ما تقدم من الدعوى والإجابة ولما جاء في بينات المدعي وحيث أنها لا ترق للحجر على المدعى عليه ولو قيل بالحجر على من انفق ماله فيما لا يحل لقيل الحجر على اغلب الناس و لأن الأصل في تصرفات المرء هو الصحة وحسن التدبير وحيث اقر المدعي بان تركة مورثهم لم تقسم بعد مع أن وفاة والده بعام 1413هـ و لأن المتداعيين ليسوا إخوة أشقاء ونظرا لضعف صفة المدعي في الدعوى وذلك لأن المدعى عليه متزوج ولديه ابن والأصل في طالب الحجر أن يكون مستفيدا من طلب الحجر وذلك بحفظ مال المحجور عليه وان سوء تصرف المدعى عليه ظهر في عام 1427هـ والوقت بين العامين قريب والعادة أن سوء التصرفات في المال تكون ظاهرة وله إمارات وقد رفع الولاية عن المدعى عليه المدعي نفسه واثبت بلوغ ورشد المدعى عليه وهذا مما يضعف قوله ودعواه فبناء

على ما تقدم كله فقد حكمت بصرف النظر عن دعوى المدعي وبعرض الحكم على المدعيان قررا عدم القناعة وجرى إفهامهما بتعليمات التمييز ففهما ذلك

وصلى ا على نبينا محمد وعلى اله وصحبه وسلم حرر في 1429/6/17هـ

الحمد وحده وبعد ففي هذا اليوم هذا السبت الموافق 1429/10/25 فتح القاضي بالمحكمة العامة بتبوك الجلسة بناء على المعاملة الواردة إلينا من محكمة التمييز برقم 206/29293 في 1429/9/16هـ والملاحظ عليها بقرار رقم 757/ح /2/2 والمتضمن ((انه بدراسة الصك وصورة ضبطه ولائحته الاعتراضية تقرر بالأكثرية إعادتها لفضيلة حاكمها لملاحظة انه ورد أدلة كثيرة على سفه المدعى عليه فعلى فضيلته مطالبة المدعين بإثبات ما ورد في لائحتهم من سوء تصرفات أخيهم ولا يلزم إقامة احد منهم وليا على المدعى عليه بل يقيم الحاكم رجلا يختاره من أهل المعرفة والأمانة وا الموفق))

وعليه أجيب أصحاب الفضيلة وفقهم ا تعالى بأنه بعد النظر فيما قدم المدعون في مذكرة اعتراضهم وتأملها لم أجد فيها ما يقوى على الحكم بالحجر على المدعى عليه وإذا رأى أصحاب الفضيلة وفقهم ا قوة في أدلة المدعين فآمل بيان وجه قوتها وبا التوفيق حرر في 1429/10/25هـ

الحمد وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده وبعد فقد جرى منا نحن القضاة التمييز بالدائرة الثانية للأحوال الشخصية والأوقاف والوصايا والقصار وبيوت المال بمحكمة التمييز بمكة المكرمة الاطلاع على الصك 7/143 وتاريخ 1429/7/2هـ الصادر عن فضيلة القاضي بالمحكمة العامة بتبوك الشيخ.................. المتضمن دعوى.................. و.................. ضد أخيهم (س) في المطالبة بالحجر على المدعى عليه وبدراسته وصورة ضبطه تقررت الموافقة على الحكم بعد الإجابة وا الموفق

الدائرة الثانية للأحوال الشخصية والوصايا والقصار وبيوت المال

قاضي تمييز	قاضي تمييز	رئيس دائرة
حمد محمد ابا نمى	محمد سعيد العصفور	عبد الرحمن صالح الجبر

الملحق رقم (ج)

نظـــام التحكيم

صدر بالمرسوم الملكي رقم م/46 في 1403/7/12هـ

مادة (1): يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم، كمـــا يجوز الاتفاق مسبـــقا على التحكيم في أي نزاع يقوم نتيجة لتنفيذ عقد معين.

مادة (2):لا يقبل التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ولا يصح الاتفاق على التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف.

مادة (3): لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفـض منازعاتهـا مـع الآخـــــرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء. ويجوز بقرار من مجلـس الـــــوزراء تعديل هذا الحكم.

مادة (4): يشترط في المحكم أن يكون من ذوي الخبرة، حسن السيرة والسلوك، كامل الأهلية وإذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً.

مادة (5):يودع أطـــراف النزاع وثيقة التحكيم لــــــدى الجهـة المختـصة أصـــــلاً بنظر النزاع ويجـب أن تكـون هـذه الوثيقـة موقعــــــة مـن الخصـــــوم أو من وكــــلائهم الرسميين المفوضين ومـن المحكمـين، وأن يبين بها موضوع النزاع وأسماء الخصــــوم وأسماء المحكمين وقبولهم نظـر النزاع وأن ترفق بها صور من المستندات الخاصة بالنزاع.

مادة (6):تتولى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع قيد طلبات التحكيم المقدمـة إليها وتصدر قراراً باعتماد وثيقة التحكيم.

مادة (7):إذا كان الخصوم قد اتفقوا على التحكيم قبـــــل قيـام النـزاع أو إذا صـــــدر قــــرار باعتماد وثيقة التحكيم في نـزاع معـين قـائم فــــــلا يــــجوز النظر في موضوع النزاع إلا وفقاً لأحكام هذا النظام.

مادة (8):يتولى كاتب الجهة المختصة أصلاً بنظـر النـزاع كافـة الاخطـارات والإعلانات المنصوص عليها في النظام.

مادة (9):يجب الحـــكم في النزاع في الميعــــاد المحدد فـي وثيقـــــة التحكيم مـا لـم يتفق على تمديده وإذا لم يحدد الخصــــوم في وثيقة التحكيم أجلاً للـــــحكم وجـــــب علـــــى المحـــــكمين أن يـصدروا حكمهـم خـــــلال تسعين يوماً من تاريـــــخ صـــــدور القـــــرار باعتـــــماد وثيقة التحكيم وإلا جـــــاز لــــــمن شــــاء مـن الخـصوم رفـــــع

الأمـــــر إلى الجهـــــــة المختصـــــة أصـــــلاً بنظـر النـزاع لتقـــــرر إما النظر في الموضــــوع أو مـــــد الميعاد لفترة أخرى.

مادة (10):إذا لم يعـــين الخصـــوم المحكمين أو امتنع أحد الطرفين عـن تعيين المحكم أو المحكمين الذين ينفرد باختيارهم أو امتنع واحـد أو أكثـر مـن المحكمين عن العمل أو اعتزله أو قام به مانع من مباشرة التحكيم أو عزل عنـه ولم يكن بين الخصـــــــــوم شرط خاص عينت الجهة المختصة أصلاً بنظـر النزاع من يلزم من المحكمين وذلك بناء على طلب من يهمه التعجيل من الخصوم ويكون ذلك بحضور الخصم الآخر أو في غيبته بعد دعوتـــــه إلـى جلـسة تعقـــد لهذا الغرض ويجـــــــب أن يكون عـــــدد مـــــــن يعينـون مساوياً للعدد المتفـــق عليه بين الخصـــــوم أو مكملاً له ويكون القرار في هذا الشأن نهائياً.

مادة (11):لا يجوز عزل المحكـــم الابتراضـي الخـصـــــوم ويجــــوز للمحـــــكم المعزول المطالبة بالتعويض إذا كـــان قد شـرع فـي مهمتـه قبـــل عـزله ولم يكن العزل بسبب منه كما لا يجوز رده عن الحكـــــــم إلا لأسباب تحـــــدث أو تظهـــــر بعد إيـــداع وثيقة التحكيم.

مادة (12):يطلب رد المحكم للأسباب ذاتها التي يرد بها القاضي ويـــــــرفع طلب الـــرد إلى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع خلال خمسة أيام من يـوم أخبار الــــخصم بتعيين المحكم أومن يوم ظهور أو حدوث سبب من أسـباب الرد ويحكم في طلب الرد بعد دعوة الخصوم والمحكم المطلوب رده إلى جلسة تعقد لهذا الغرض.

مادة (13):لا ينقضي التحكيم بـــــموت أحـــــد الخـصوم وإنمـا يمـد الميعـــــاد المحدد للحـــكم ثلاثين يوماً ما لم يقرر المحكمون تمديد المـدة بأكثر من ذلك.

مادة (14):إذا عين محكم بدلاً عن المحكم المعزول امتد الميعاد المحـدد للحكـم ثلاثين يوماً.

مادة (15):يجوز للمحكمين بالأغلبية التي يصدر بها الحكم وبقرار مسبب مد الميعاد المحدد للحكم لظروف تتعلق بموضوع النزاع.

مادة (16):يصدر حكم المحكمين بأغلبية الآراء وإذا كانوا مفوضين بالصلح وجب صدور الحكم بالإجماع.

مادة (17):يجب أن تشتمل وثيقة الحكم بوجه خاص على وثيقة التحكيم وعلى ملخص أقوال الخصوم ومستنداتهم وأسباب الحكم ومنطوقة وتاريخ صدوره وتوقيعات المحكمين وإذا رفض واحد منهم أو أكثر التوقيع على الحكم أثبت ذلك في وثيقة الحكم.

مادة (18):جميع الأحكام الصادرة من المحكمين ولو كانت صادرة بإجراء من إجراءات التحقيق يجب إيداعها خلال خمسة أيام لدى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع وإبلاغ الخصوم بصور منها. ويجوز للخصوم تقديم اعتراضاتهم على ما يصدر من المحكمين إلى الجهة التي أودع لديها الحكم خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغهم بأحكام المحكمين وإلا أصبحت نهائية.

مادة (19):إذا قدم الخصوم أو أحدهم اعتراضاً على حكم المحكمين خلال المدة المنصوص عليها في المادة السابقة تنظر الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع في الاعتراض وتقرر إما رفضه وتصدر الأمر بتنفيذ الحكم أو قبول الاعتراض وتفصل فيه.

مادة (20):يكون حكم المحكمين واجب التنفيذ عندما يصبح نهائياً وذلك بأمر من الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع ويصدر هذا الأمر بناء على طلب ذوي الشأن بعد التثبت من عدم وجود ما يمنع من تنفيذه شرعاً.

مادة (21):يعتبر الحكم الصادر من المحكمين بعد إصدار الأمر بتنفيذه حسب المادة السابقة في قوة الحكم الصادر من الجهة التي أصدرت الأمر بالتنفيذ.

مادة (22):تحدد أتعاب المحكمين باتفاق الخصوم ويودع ما لم يدفع منها لهم خلال خمسة أيام من صدور القرار باعتماد وثيقة التحكيم لدى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع ويصرف خلال أسبوع من تاريخ صدور الأمر بتنفيذ الحكم.

مادة (23): إذا لم يوجد اتفاق حول أتعاب المحكمين وقام نزاع بشأنها تفصل فيه الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع ويكون حكمها في ذلك نهائياً.

مادة (24): تصدر القرارات اللازمة لتنفيذ هذا النظام من رئيس مجلس الـوزراء بناء على اقتراح من وزير العدل بعد الاتفاق مع وزير التجـارة ورئـيس ديـوان المظالم.

مادة (25): ينشر هذا النظام في الجريدة الرسمية ويعمل به بعد ثلاثين يوماً مـن تاريخ نشره.

اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم

صدرت بقرار مجلس الوزراء رقم2021/7/م في 1405/9/8هـ

الباب الأول

التحكيم، المحكمون، والمحتكمون

مادة (1): لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيهـا الـصلح كالحـدود واللعان بين الزوجين وكل ما هو متعلق بالنظام العام.

مادة (2): لا يصلح الاتفاق على التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف الكاملة ولا يجوز للوصي على القاصر أو الولي المقام أو ناظر الوقف اللجوء إلى التحكيم ما لم يكن مأذوناً له بذلك من المحكمة المختصة.

مادة (3): يكون المحكم من الوطنيين أو الأجانب المسلمين من أصحاب المهن الحرة أو غيرهم ويجوز أن يكون من بين موظفي الدولة بعد موافقة الجهة التـي يتبعها الموظف، وعند تعدد المحكمين يكون رئيسهم على دراية بالقواعد الشرعية والأنظمة التجارية والعرف والتقاليد السارية في المملكة.

مادة (4): لا يجوز أن يكون محكماً من كانت له مصلحة في النزاع وحكم عليه بحد أو تعزيز في جرم مخل بالشرف أو صدر بحقه قرار تأديبي بالفصل من وظيفة عامة أو حكم بشهر إفلاسه ما لم يكن قد رد إليه اعتباره.

مادة (5): مع مراعاة حكم المادتين (2) و (3) تعد قائمة بأسـماء المحكمـين بالاتفاق بين وزير العدل ووزير التجارة ورئيس ديـوان المظـالم، وتخطـر بهـا

المحاكم والهيئات القضائية والغرف التجارية والصناعية، ويجوز لذوي الشأن اختيار المحكمين من هذه القوائم أو غيرها.

مادة (6): يتم تعيين المحكم أو المحكمين باتفاق في وثيقة تحكيم يحدد فيها موضوع النزاع تحديداً كافياً، وأسماء المحكمين، ويجوز الاتفاق على التحكيم بمقتضى شرط في عقد بشأن المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ هذا العقد.

مادة (7): على الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع أن تصدر قراراً باعتماد وثيقة التحكيم خلال خمسة عشر يوماً وأن تخطر هيئة التحكيم بقرارها.

مادة (8): في المنازعات التي تكون جهات حكومية طرفاً فيها مع آخرين ورأت اللجوء إلى التحكيم يجب على هذه الجهة إعداد مذكرة بشأن التحكيم في هذا النزاع مبيناً فيها موضوعه ومبررات التحكيم وأسماء الخصوم لرفعها لرئيس مجلس الوزراء للنظر في الموافقة على التحكيم ويجوز بقرار مسبق من رئيس مجلس الوزراء أن يرخص لهيئة حكومية في عقد معين بإنهاء المنازعات الناشئة عنه عن طريق التحكيم، وفي جميع الحالات يتم أخطار مجلس الوزراء بالأحكام التي تصدر فيها.

مادة (9): يتولى كاتب الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع القيام بأعمال سكرتارية هيئة التحكيم وإنشاء السجلات اللازمة لقيد طلبات التحكيم وعرضها على الجهة المختصة لاعتماد وثيقة التحكيم، كما يتولى الاخطارات والإعلانات المنصوص عليها في نظام التحكيم وأية اختصاصات أخرى يحددها الوزير المختص، وعلى الجهات المختصة وضع الترتيب اللازم لمواجهة ذلك.

مادة (10): على هيئة التحكيم أن تحدد ميعاد الجلسة التي ينظر فيها النزاع خلال مدة لا تجاوز خمسة أيام من تاريخ أخطارها بقرار اعتماد وثيقة التحكيم، وأخطار المحتكمين بذلك عن طريق كاتب الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع.

الباب الثاني

إخطار المحتكمين، والحضور والغياب، والتوكيل في التحكيم

مادة (11): كل تبليغ أو إخطار يتعلق بخصومة التحكيم يتم بمعرفة كاتب الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع يكون عن طريق المراسل أو الجهات الرسمية،

سواء كان الإجراء بناء على طلب المحتكمين أو بمبادرة مـن المحكمـين وعلـى مراكز الشرطة وعمد المحلات أن يساعدوا الجهة المختصة على أداء مهمتها في حدود اختصاصها.

مادة (12): يحرر الإخطار أو التبليغ باللغة العربية من نسختين أو أكثر حسب عدد المحتكمين ويتضمن التحرير البيانات التالية:

أ- تاريخ اليوم والشهر والسنة والساعة التي حصل فيها التبليغ أو الإخطار.

ب- اسم طالب الإخطار أو التبليغ ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنـه واسـم مـن يمثله ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه كذلك إن كان يعمل لغيره.

ت- اسم المراسل الذي أجرى التبليغ أو الإخطار والجهة التي يعمل بها وتوقيعـه على الأصل والصورة.

ث- اسم الشخص المطلوب إبلاغه أو إخطاره ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنـه فإن لم يكن معلوم الموطن وقت الإعلان فآخر موطن كان له

ج- اسم وظيفة من سلمت له صورة التبليغ وتوقيعه علـى الأصـل بالاسـتلام أو إثبات الامتناع على الأصل عند إعادته للجهة المختصة.

ح- اسم هيئة التحكيم ومقرها وموضوع الإجراء والتاريخ المحدد له.

مادة (13):تسلم الأوراق المطلوب إعلانها إلى الشخص أو في موطنه ويجـوز تسليمها بالموطن المختار المحدد بمعرفة أصحاب الشأن. وفي حالة عـدم وجـود المطلوب إخطاره في موطنه تسلم أوراق التبليغ إلى مـن يقـرر أنـه وكيلـه أو المسئول عن إدارة أعماله أو من يعمل في خدمته أو أنه من الساكنين معـه مـن الأزواج والأقارب والتابعين.

مادة (14): إذا لم يجد المراسل من يصح تسليم الأوراق إليـه طبقـاً للمـادة السابقة أو امتنع من وجده من المذكورين فيها عن الاستلام وجب عليه بيان ذلـك في الأصل ويجب عليه أن يسلمها في اليوم ذاته إلى مدير الشرطة أو عمدة المحلة أو من يقوم مقام أي منهما ممن يقع موطن المعلن إليه في دائرته حسب الأحوال وعليه أيضاً، خلال أربع وعشرين ساعة، أن يوجه إلى المعلن إليه فـي موطنـه الأصلي أو المختار كتاباً مسجلاً يخبره فيه أن الصورة سلمت إلى جهة الإدارة مع

بيان ذلك كله في حينه في أصل الإعلان وصورته ويعتبـر التبليـغ أو الإخطـار صحيحاً منتجاً لآثاره من وقت تسليم الصورة إلى من تسلم إليه على الوجه السابق بيانه.

مادة (15): فيما عدا ما نص عليه في أنظمة خاصة تسلم صورة الإخطـار أو التبليغ على الوجه الآتي:

أ- ما يتعلق بالدولة يسلم للوزراء وأمراء المناطق ومديري الجهات الحكومية أو لمن يقوم مقامهم حسب الاختصاص.

ب- ما يتعلق بالأشخاص العامة للنائب عنها نظاماً أو من يقوم مقامه.

ت- ما يتعلق بالشركات و الجمعيات والمؤسسات الخاصة يسلم في مراكز إدارتهـا المبين في السجل التجاري لرئيس مجلس الإدارة أو المدير العام أو لمـن يقـوم مقامه من العاملين وبالنسبة للشركات الأجنبية التي لها فرع أو وكيل في المملكـة يسلم لهذا الفرع أو الوكيل.

مادة (16): يقوم الموظف المختص بعرض ملف التحكيم على الجهة المختصة بنظر النزاع لاعتماد وثيقة التحكيم وعلى كاتب هذه الجهـة إخطـار المحتكمـين والمحكمين بالقرار الصادر بشأن اعتماد وثيقة التحكيم خلال أسبوع مـن تـاريخ صدوره.

مادة (17): في اليوم المعين لنظر التحكيم يحـضر المحتكمـون بأنفـسهم أو بواسطة من يمثلهم بموجب وكالة صادرة من كاتب عدل أومن أي جهة رسمية أو مصدقة من إحدى الغرف التجارية والصناعية وتودع صورة الوكالة بملف الدعوى بعد الإطلاع على الأصل من المحكم دون الإخلال بحق المحكم أو المحكمـين فـي طلب حضور المحتكم شخصياً إذا اقتضى الحال ذلك.

مادة (18): في حال غياب أحد المحتكمين عن الجلسة الأولـى وكانـت هيئـة التحكيم قد تحققت من أنه أعلن لشخصه فلهـا أن تقـضي بـالنزاع متـى كـان المحتكمون قد أودعوا ملف التحكـيم مـذكرات بطلبـاتهم ودفـاعهم ود فـوعهم ومستنداتهم ويعتبر القرار في هذا الحال حضورياً. أما إذا لم يكن قد أعلن لشخصه كان على الهيئة التأجيل إلى جلسة تالية يعلن بها المحـتكم الغائـب. وإذا تعـدد

المحتكمون المدعى عليهم وكان بعضهم قد أعلن لشخصه وجب على الهيئة. في غير حالات الاستعجال – تأجيل نظر الموضوع إلى جلسة تالية يعلن بها من لم يعلن لشخصه من الغائبين ويعتبر القرار في الموضوع حضورياً في حق إذا حضر المحتكم أو من يمثله في أية جلسة من الجلسات أو أودع مذكرة بدفاعه في الدعوى أو مستنداً يتعلق بها وإذا حضر المحتكم الغائب قبل انتهاء الجلسة اعتبر كل قرار صدر فيها كأن لم يكن.

مادة (19): إذا تبينت هيئة التحكيم عند غياب أحد المحتكمين بطلان إعلانه بالصحيفة وجب عليها تأجيل نظر الدعوى إلى جلسة تالية يعاد إعلانه بها إعلاناً صحيحاً.

الباب الثالث

الجلسات ونظر الدعوى واثباتها

مادة (20): تنظر الدعوى أمام هيئة التحكيم بصفة علنية إلا إذا رأت الهيئة بمبادرة منها جعل الجلسة سرية أو طلب ذلك أحد المحتكمين لأسباب تقدرها الهيئة.

مادة (21): لا يجوز بغير عذر مقبول تأجيل نظر الدعوى أكثر من مرة لسبب واحد يرجع إلى أحد الخصوم.

مادة (22): يتعين على هيئة التحكيم تمكين كل محتكم من تقديم ملاحظاته ودفاعه ودفوعه شفاهة أو كتابة بالقدر المناسب وفي المواعيد التي تحددها. ويكون المدعى عليه آخر من يتكلم، وتتولى الهيئة استيفاء القضية وتهيئتها للفصل فيها.

مادة (23): يتولى رئيس هيئة التحكيم ضبط الجلسة وإدارتها ويوجه الأسئلة إلى المحتكمين أو الشهود وله أن يأمر بإخراج من يخل بنظام الجلسة من القاعة على أنه إذا وقعت مخالفة من أحد الحاضرين بالجلسة يقوم بتحرير محضر بالواقعة ويحيله إلى جهة الاختصاص ولكل محكم الحق في توجيه الأسئلة إلى المحتكمين أو الشهود ومناقشتهم عن طريق رئيس الهيئة.

مادة (24): للمحتكمين أن يطلبوا من هيئة التحكيم في أية حال تكـون عليهـا الدعوى إثبات ما اتفقوا عليه في محضر الجلسة من إقرار أو صلح أو تنـازل أو غير ذلك وتصدر الهيئة قراراً بذلك.

مادة (25): اللغة العربية هي اللغة الرسمية التي تستعمل أمام هيئـة التحكـيم سواء في المناقشات أو المكاتبات، ولا يجوز للهيئة أو المحتكمين وغيرهم الـتكلم بغير اللغة العربية وعلى الأجنبي الذي لا يستطيع التكلم باللغة العربية اصـطحاب مترجم موثوق به يوقع معه في محضر الجلسة على الأقوال التي نقلها.

مادة (26): يمكن لأي محتكم طلب تأجيل نظر القضية مدة مناسبة تقدرها هيئة التحكيم لتقديم ما لديه من مستندات أو أوراق أو ملاحظات منتجه أو مؤثرة في القضية وللهيئة تكرار التأجيل لمدة أخرى إذا وجدت مبرراً لذلك.

مادة (27): تقوم هيئة التحكيم بإثبات الوقائع والإجراءات التي تتم في الجلـسة في محضر يحرره سكرتير الهيئة تحت أشرافها، ويثبت في المحضر تاريخ ومكان انعقاد الجلسة وأسماء الهيئة والسكرتير والمحتكمين. ويتضمن أقـوال أصـحاب الشأن ويوقع على المحضر رئيس الهيئة والمحكمون والسكرتير.

مادة (28): يجوز لهيئة التحكيم بمبادرة منها أو بناء على طلب أحد المحتكمين إلزام خصمه بتقديم أي محرر منتج في الدعوى يكون تحت يده، وذلك في الحالات الآتية:

أ- إذا كان مشتركاً بينه وبين خصمه، ويعتبر المحرر مشتركاً على الأخـص إذا كان المحرر لمصلحة الخصمين أو كان مثبتاً لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة.

ب- إذا استند إليه خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى.

ج- إذا كان النظام يجيز مطالبته بتقديمه أو تسليمه.

ويجب أن يبين في هذا الطلب:

1. أوصاف المحرر الذي يعينه.
2. فحوى المحرر بقدر ما يمكن من التفصيل.
3. الواقعة التي يستدل بها عليه.
4. الدلائل والظروف التي تؤيد أنه تحت يد الخصم.

5. وجه إلزام الخصم بتقديمه.

مادة (29): لهيئة التحكيم أن تأمر بوسائل التحقيق المنتجة في الدعوى متى كانت الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالمنازعة ومؤثرة وجائزاً قبولها.

مادة (30): لهيئة التحكيم أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب العدول في محضر الجلسة ويجوز للهيئة أن لا تأخذ بنتيجة الإجراء مع بيان أسباب ذلك بالحكم.

مادة (31): على المحتكم الذي يطلب سماع أقوال الشهود أن يبين الوقائع المراد إثباتها كتابة أو شفاهة في الجلسة، وأن يصطحب الشهود الذين يطلب سماع أقوالهم في الجلسة المحددة لذلك ويتم قبول الشهود وسماع أقوالهم أمام الهيئة حسب الأصول الشرعية وللطرف الآخر الحق في نفي الوقائع بهذا الطريق.

مادة (32): لهيئة التحكيم استجواب المحتكمين بناء على طلب أحدهم أو بمبادرة منها.

مادة (33): لهيئة التحكيم عند الاقتضاء الاستعانة بخبير أو أكثر لتقديم تقرير فني بشأن بعض المسائل أو الوقائع الفنية والمادية المنتجة في الدعوى، وعليها أن تذكر في منطوق قرارها بياناً دقيقاً لمأمورية الخبير والتدابير العاجلة التي يؤذن له في اتخاذها وتقدر الهيئة أتعاب الخبير والمحتكم الذي يتحملها والأمانة التي تودع لحساب مصروفات الخبير، وفي حالة عدم إيداعها من المحتكم المكلف أو غيره من المحتكمين فإن الخبير غير ملزم بأداء المأمورية ويسقط في هذه الحال حق التمسك بالقرار الصادر بتعيين الخبير إذا وجدت الهيئة أن الأعذار التي أبديت لذلك غير مقبولة وللخبير عند أدائه المأمورية سماع أقوال الطرفين أو غيرهما ويقدم تقريراً بأعماله ورأيه في الميعاد المحدد. وللهيئة مناقشة الخبير في الجلسة عن نتيجة التقرير، وإذا تعدد الخبراء تبين الهيئة طريقة عملهم منفردين أو مجتمعين.

مادة (34): يجوز لهيئة التحكيم تكليف الخبير بتقديم تقرير تكميلي لتدارك أي نقص أو قصور في تقريره السابق وللمحتكمين تقديم تقارير استشارية للهيئة. وفي كل الأحوال لا تكون الهيئة مقيدة برأي الخبراء.

مادة (35): لهيئة التحكيم بمبادرة منها أو بناء على طلب أحد المحتكمين أن تقرر الانتقال لمعاينة بعض الوقائع أو المسائل المنتجة في الدعوى والمتنازع عليها وتحرر الهيئة محضراً بإجراءات المعاينة.

مادة (36): على الهيئة مراعاة أصول التقاضي، بحيث تضمن المواجهة في الإجراءات وتمكين كل طرف من العلم بإجراءات الدعوى والاطلاع على أوراقها ومستنداتها المنتجة في الآجال المناسبة ومنحه الفرصة الكافية لتقديم مستنداته ودفوعه وحججه كتابة أو شفاهة في الجلسة مع إثباتها في المحضر.

مادة (37): إذا عرضت خلال التحكيم مسألة أولية تخرج عن ولاية هيئة التحكيم أو طعن بتزوير في ورقة أو اتخذت إجراءات جنائية عن تزويرها أو عن حادث جنائي آخر أوقفت الهيئة عملها، ووقف الميعاد المحدد للقرار إلى أن يصدر حكم نهائي من الجهة المختصة بالفصل في تلك المسألة العارضة.

الباب الرابع

إصدار الأحكام والاعتراض عليها والأمر بتنفيذها

مادة (38): متى تهيأت الدعوى للفصل فيها تقرر هيئة التحكيم قفل باب المرافعة ورفع القضية للتدقيق والمداولة وتتم المداولة سراً لا يحضرها سوى هيئة التحكيم التي سمعت المرافعة مجتمعة، وتحدد الهيئة عند قفل باب المرافعة موعداً لإصدار القرار أو في جلسة أخرى مع مراعاة أحكام المواد 9، 13، 14، 15 من نظام التحكيم.

مادة (39): يصدر المحكمون قراراتهم غير مقيدين بالإجراءات النظامية عدا ما نص عليه في نظام التحكيم ولائحته التنفيذية. وتكون قراراتهم بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية.

مادة (40): لا يجوز لهيئة التحكيم أثناء رفع الدعوى للتدقيق والمداولة أن تسمع إيضاحات من أحد المحتكمين أو وكيله إلا بحضور الطرف الأخر وليس لها أن تقبل مذكرات أو مستندات دون اطلاع الطرف الآخر عليها وإذا رأت أنها منتجه فلها مد أجل النطق بالقرار وفتح باب المرافعة بقرار تدون فيه الأسباب والمبررات وإخطار المحتكمين بالميعاد المحدد للنظر في القضية.

مادة (41): مع مراعاة ما جاء بالمادتين 16 و 17 من نظام التحكيم تصدر القرارات بأغلبية الآراء وينطق رئيس هيئة التحكيم بالقرار في الجلسة المحددة ويتم تحرير القرار مشتملاً على أسماء أعضاء الهيئة التي أصدرته وتاريخ إصداره ومكانه وموضوعه وأسماء المحتكمين والقابهم وصفاتهم وموطن كل منهم وحضورهم وغيابهم وعرض مجمل لوقائع الدعوى ثم طلباتهم وخلاصة موجزة لدفوعهم ودفاعهم الجوهري ثم أسباب القرار ومنطوقه ويوقع المحكمون والكاتب نسخة القرار الأصلية المشتملة على ما تقدم وتحفظ بملف الدعوى خلال سبعة أيام من إيداع المسودة.

مادة (42): مع عدم الإخلال بأحكام المادتين 18 و 19 من نظام التحكيم تتولى هيئة التحكيم تصحيح ما يقع في قراراها من أخطاء مادية بحته كتابية أو حسابية وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد المحتكمين من غير مرافعة ويجري هذا التصحيح على نسخة القرار الأصلية ويوقعه المحكمون. ويجوز الطعن في القرار الصادر بالتصحيح إذا تجاوزت فيه الهيئة حقها المنصوص عليه في هذه المادة وذلك بطرق الطعن الجائزة في القرارات موضوع التصحيح، أما القرار الذي يصدر برفض التصحيح فلا يجوز الطعن فيه على استقلال.

مادة (43): يجوز للمحتكمين أن يطلبوا من الهيئة التي أصدرت القرار تفسير ما وقع في منطوقه من غموض أو إبهام ويعتبر القرار الصادر بالتفسير متمماً من كل الوجوه للقرار الأصلي ويسري عليه ما يسري على هذا القرار من القواعد الخاصة بطرق الطعن.

مادة (44): متى صدر الأمر بتنفيذ قرار التحكيم أصبح سنداً تنفيذياً وعلى كاتب الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع أن تسلم المحكوم له الصورة التنفيذية لقرار التحكيم موضحاً بها الأمر بالتنفيذ مذيلة بالصيغة الآتية:

(يطلب من كافة الدوائر والجهات الحكومية المختصة العمل على تنفيذ هذا القـرار بجميع الوسائل النظامية المتبعة ولو أدى ذلك إلى استعمال القوة الجبريـة عـن طريق الشرطة)

أتعـــــــاب المحكمـــــين

مادة (45): إذا أخفق كل من الخصمين في بعض الطلبات جاز الحكم بتقسيم الأتعاب بينهما على حسب ما تقدره الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع، كما يجوز الحكم بها جميعاً على أحدهما.

مادة (46): يجوز لكل من الخصوم أن يتظلم من أمر تقدير أتعاب المحكمين للجهات التي أصدرت الأمر وذلك خلال ثمانية أيام من تاريخ إعلانه بالأمر ويكون قرارها في التظلم نهائياً.

مادة (47): على الجهات المختصة تنفيذ هذه اللائحة.

مادة (48): تنشر هذه اللائحة في الجريدة الرسمية ويعمل بها من تاريخ نشرها